Der Unterschied von Auslobung und Wette.

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Franz Neumeister

aus Wurzbach,

Gerichtsassessor a. D.

ACAD. LUDIBAT BIBL.

Approbiert am 16. Januar 1907.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1907.

118

Referent: Universitätsprofessor Dr. **Binder.**

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. **A. Einleitung** 1

B. Der Unterschied von Auslobung und Wette.

§ 2. I. Gegenüberstellung der Begriffsmerkmale der Auslobung und der Wette 2

§ 3. II. Der Prozeß Hoensbroech-Dasbach 3

§ 4. III. Der Kernpunkt des Themas und die zu erörternden Hauptfragen 5

§ 5. IV. Kurzer Überblick über die einschlagende Literatur und Rechtsprechung.

V. Entwicklung der Ansicht des Verfassers über den Unterschied von Auslobung und Wette.

§ 6. a) Die rechtliche Natur der Auslobung 9

§ 7. b) Die bedingte Verpflichtung des Auslobenden im Gegensatz zur Gebundenheit des Vertragsofferenten 23

c) Die Auslobung und die sogen. einseitige Wette, speziell die sogen. „Popularwette."

§ 8. 1. Die Interpretation von Erklärungen, die zugleich als Auslobung und als Antrag zur sogen. Popularwette erscheinen 26

§ 9. 2. Bedenken gegen die Möglichkeit einer einseitigen „Popularwette" 35

§ 10. 3. Einzelne Merkmale des Begriffs „Wette" und ihre Beziehungen zur Auslobung. Die Wirkung der Bedingung der Beweislieferung 38

§ 11. 4. Die Unzulässigkeit der Ausdehnung des Begriffs Wette auf die sogen. einseitige Wette. Die einseitige Wette als Form eines bedingten Schenkungsversprechens 48

§ 12. **C. Schluß**: Allgemeine rechtsphilosophische Betrachtung über die Grenzen der Möglichkeit der genauen Unterscheidung von Begriffen . . . 61

Literaturverzeichnis.

Achilles, Protokolle der Kommission für die 2. Lesung usw. Bd. 2. 1899.
Bartelt, Die Auslobung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation 1900.
Becker, Die Auslobung. Dissertation 1905.
Biermann in Iherings Jahrbüchern Bd. 32 S. 293 ff.
Blätter für Rechtspflege in Thüringen. Bd. 9 und 19.
Bluntschli, Deutsches Privatrecht. 3. Aufl. 1864.
Braunmüller, Die Auslobung. Dissertation 1905.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 4. 2. Aufl. 1892.
Brummund, Die Auslobung. Dissertation 1898.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 4. Aufl.
Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte. 1897.
Crome, System des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.
Das Recht 1904, 1905.
Dernburg, Das bürgerliche Recht Bd. 2. 2. Abt. 1901.
Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. Bd. 2.
Dietrich, Die Auslobung. Dissertation 1904.
Du Prel, Die Magie als Naturwissenschaft. 1899.
Eck und **Leonhardt**, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1903.
Elster im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 18 S. 125 ff. und Bd. 26 S. 34 ff.
Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. Bd. 1.
Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 4. Aufl. 1906.
Exner in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft von Pözl-Windscheid. Bd. 11 S. 339 ff.
Fischer, Die Auslobung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Dissertation 1900.
Francke in den Annalen des Deutschen Reichs 1904 S. 553 ff.
Goldmann und **Lilienthal**, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. 2. Aufl.
Grimm, Deutsches Wörterbuch. Bd. 1. 1854.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des preuß. Rechts. 13. Jahrg.
Günther, Die Auslobung. Dissertation 1900.
Haidlen, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 1897.
Hamm in der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 393 f.
Hasenöhrl, Das österreichische Obligationenrecht. Bd. 2. 2. Aufl.

Hause, Die rechtliche Natur der Auslobungserklärung. Dissertation 1905.
Heilfron, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Allgem. Teil. 3. Aufl.
Heilfron, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Schuldverhältnisse. 2. Aufl.
Heilfron, Römische Rechtsgeschichte und System des römischen Privatrechts. 1903.
Heinsheimer in der Deutschen Juristenzeitung 1904 S. 623 f.
Heumann, Handlexikon zu den Quellen des röm. Rechts. 8. Aufl.
Heuser, Die Auslobung. Dissertation 1903.
Hirschfeld, Wettrennen und Rennwetten. Dissertation 1899.
Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligationen. 1874.
Jacubezki, Bemerkungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1892.
Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 4 S. 93 ff. und Bd. 7 S. 172 ff.
Ihering, Geist des römischen Rechts. 4. Aufl. 3. Teil.
Juristische Wochenschrift 1905.
Kirchner, Die Auslobung. Dissertation 1903.
Kohler im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25 S. 1 ff.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 und 2. 1906.
Köttgen im Recht 1904 S. 380 ff.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1898.
Kuntze in Holzschuhers Theorie und Kasuistik Bd. 3, 3. Aufl. S. 293 ff.
Lichtenstein, Die Auslobung. Dissertation 1903.
Mannesmann, Das einseitige Versprechen als Verpflichtungsgrund im gem. Recht. Dissertation 1897.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl.
Mengel, Spiel und Wette. Dissertation 1902.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1 u. 2.
Oertel, Die Lehre von der Auslobung. Dissertation 1895.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse nach Bürgerlichem Gesetzbuch. 2. Aufl.
Oertmann im Österreich. Zentralblatt für die juristische Praxis. Oktoberheft 1906 S. 785 ff.
Planck, Bürgerliches Recht. Bd. 2. 1. u. 2. Aufl.
Rath, Die Lehre von der Auslobung. Dissertation 1904.
Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen I. 1868 S. 196 ff.
Reichsgericht, Entsch. in Strafsachen. Bd. 6.
Rheinisches Archiv für Zivil- und Kriminalrecht Bd. 101 Heft 4. 1905.
Rosenthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 7. Aufl.
Scherer, Die Gesetzgebung des Deutschen Reichs. Teil 1. Bd. 7. 1899.
Schleicher, Die Lehre von der Auslobung. Dissertation 1900.
Schütze im Jahrbuch des gemeinen Rechts Bd. 5 S. 33 ff.
Seufferts Archiv. Bd. 9, 11, 16.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 22.
Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund. 1873.
Sohm in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 17 S. 16 ff.
Stenglein in der Zeitschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 3 S. 111 ff.

v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2. 2. Aufl.
Stobbe, Deutsches Privatrecht. Bd. 3. 3. Aufl.
Unger in Grünhuts Zeitschrift Bd. 1 S. 357 ff.
Völderndorff in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 24 S. 177 ff.
Winckler im Recht 1904 S. 355 f.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Bd. 2.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Teil 1. 1900.
Zschimmer, Die Offerte an das Publikum. Dissertation 1897.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549821_0049

§ 1.

Während man beim ersten Blick zwischen Auslobung und Wette wohl kaum irgend eine Ähnlichkeit konstatieren kann, scheinen Fälle wie die folgenden doch auf eine gewisse Verwandtschaft dieser beiden Rechtsgeschäfte hinzudeuten.

1. Ein Athlet fordert andere zum Ringkampf heraus mit der Behauptung, daß ihn keiner werfen könne, und unter dem Versprechen einer bestimmten Summe an den etwaigen Sieger.

2. Jemand preist ein kosmetisches oder ein Heilmittel als sofort und unfehlbar sicher wirkend an und verpflichtet sich, demjenigen 100 Mk. zu zahlen, der ihm den Mangel der genannten Eigenschaft dieses Mittels nachzuweisen vermöge.

Da ähnliche Fälle wie diese nichts weniger als seltene Erscheinungen, Auslobung und Wette aber nach Bürgerlichem Gesetzbuch in ihren Rechtswirkungen grundverschieden sind — erstere begründet eine klagbare Forderung, letztere dagegen nur eine sogen. natürliche Verbindlichkeit, und zwar eine solche schwächster Art[1]) — so ist es von Wichtigkeit, die Grenzlinie zwischen beiden zu ziehen.

§ 2.

Stellen wir zu diesem Zweck zunächst einmal die Begriffsmerkmale dieser Rechtsgeschäfte einander gegenüber.

§ 657 BGB. lautet:

> Wer durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges aussetzt, ist verpflichtet, die Belohnung

[1]) vgl. Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse 2. Aufl. S. 6 sub a. S. 824 Vorbem. 1 vor § 762.

demjenigen zu entrichten, welcher die Handlung vorgenommen hat, auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat.

Hiernach weist die Auslobung folgende notwendigen Begriffsmerkmale auf:

1. die Aussetzung einer Belohnung, nämlich
2. in Form der öffentlichen Bekanntmachung, und zwar
3. für die Vornahme einer Handlung.

Unter Wette, von welcher das Bürgerliche Gesetzbuch keine Definition enthält, versteht man gewöhnlich:

> einen Vertrag, bei dem die Parteien zur Bekräftigung bestimmter widerstreitender Behauptungen sich gegenseitig verpflichten, daß dem, dessen Behauptung sich als richtig erweist, vom andern eine bestimmte Leistung gemacht werden soll.

So lautet in einer neueren Entscheidung die Definition des Reichsgerichts,[1]) welches hinzufügt: „Der Nachteil, welchen der Verlierende auf sich nimmt, braucht nicht für beide Teile gleich zu sein."

Begriffskonstituierende Merkmale der Wette wären hiernach:

1. gegenseitiges Versprechen einer bestimmten Leistung, und zwar
2. zum Zweck der Bekräftigung widerstreitender Behauptungen, und
3. unter der Bedingung, daß an diejenige Partei, deren Behauptung sich als richtig erweist, von der andern geleistet werden soll.

Hiernach könnten wir freilich zwischen Auslobung und Wette schlechterdings nur Unterschiede konstatieren.

Indessen sagt Dernburg[2]):

> „Wetten geschehen im Meinungskampfe zur Erhärtung des Ernstes der entgegengesetzten Behauptungen sowie zur Herbeiführung einer Entscheidung über dieselben",

und fügt hinzu[3]):

> „Bei der Wette ist das Wesentliche die Gegenüberstellung von Behauptungen."

---

[1]) Das Recht 1905 S. 563 f. Nr. 2268.

[2]) Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 2. 7 S. 141 (1. Aufl.) und Pand. 7. Aufl. Bd. 2 S. 288.

[3]) Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 2 S. 141 Anm. 6, 7.

„Eine Wette liegt auch dann vor, wenn bloß ein Teil für den Fall der Unrichtigkeit seiner Behauptung etwas verspricht, z. B. 1000 gegen nichts verwettet."

Wenn diese beiden Sätze richtig sind — und sie scheinen vielleicht auf den ersten Blick ganz plausibel — dann ist es allerdings denkbar, daß Wetten, nämlich derartige sogen. „einseitige", „halbe" Wetten, und zwar, wenn sie öffentlich angeboten werden, einerseits und Auslobungen andrerseits sich nicht nur berühren, sondern vielleicht sogar ineinander übergehen können oder schwer voneinander zu unterscheiden sind.

§ 3.

Besonders deutlich zeigt dies der Prozeß Hoensbroech-Dasbach. Über denselben wollen wir aus Gründen der Zweckmäßigkeit gleich an dieser Stelle referieren,[1]) denn wir gelangen so am schnellsten in medias res und können dann die Kardinalfragen unseres Themas sogleich formulieren.

Der Beklagte Dasbach äußerte in einer Katholikenversammlung:

„Man sagt und schreibt heute noch, die Jesuiten lehren den Grundsatz: der Zweck heiligt das Mittel, obwohl der Jesuitenpater Roh schon vor Jahren demjenigen 1000 Gulden versprochen hat, der eine solche Stelle aus den Jesuitenschriften nachzuweisen vermöge. Ich habe selbst die Summe auf 2000 Gulden erhöht und tue dies auch heute wieder, aber sicherlich wieder vergeblich."

Der Kläger, Graf Hoensbroech, richtete darauf an den Beklagten einen Brief des Inhalts:

„Ich nehme sie nun bei Ihrem in öffentlicher Versammlung gegebenen Wort, indem ich mich anheischig mache, diesen Beweis zu erbringen."

Nachdem die Parteien in privatem und öffentlichem Schriftwechsel sich darüber auseinandergesetzt hatten, in welchem Sinne der Grund-

[1]) Wir referieren nach dem Rheinischen Archiv für Zivil- und Kriminalrecht Bd. 101, 1905 S. 193 ff. unter Berücksichtigung von Köttgen im Recht 1904 S. 380 f.; vgl. dazu auch Heinsheimer in der DJZ. 1904 S. 623 f. sowie Hamm in der DJZ. 1905 S. 393 f.; Winckler im Recht 1904 S. 355 f. und Francke in den Annalen des Deutschen Reichs 1904 S. 553 ff.

satz: der Zweck heiligt die Mittel, verstanden werden solle, versuchte der Kläger in seiner Schrift: „Der Zweck heiligt die Mittel" den Nachweis zu erbringen, daß dieser Satz in den Jesuitenschriften enthalten sei, und erhob nunmehr Klage gegen den Beklagten mit der Behauptung, daß er hierin diesen Nachweis geliefert habe, und daß er damit die hierfür vom Beklagten als Belohnung ausgesetzten 2000 Gulden verdient habe.

Das Gericht erster Instanz wies die Klage ab mit der Begründung, daß eine Auslobung nur dann gegeben sei, wenn eine Aufforderung, etwas zu tun, vorliege.[1]) In der erwähnten öffentlichen Erklärung des Beklagten sei aber eine solche Aufforderung nicht zu erblicken, vielmehr ein zum Zweck der Verstärkung der Überzeugungskraft seiner Meinung vom Beklagten gemachtes Wettangebot, also ein Anerbieten, über die Möglichkeit der Führung des Nachweises einen Wettvertrag — nämlich einen sogen. einseitigen Wettvertrag — abzuschließen.

In zweiter Instanz führte Kläger aus:

Das Motiv der Handlungsweise beider Parteien sei nicht Rechthaberei, sondern die Absicht gewesen, eine ernste wissenschaftliche Streitfrage zur Entscheidung zu bringen.

Die erste Instanz habe mit Unrecht eine Wette angenommen, es liege vielmehr Auslobung im Sinne § 657 BGB. vor.

Der Beklagte entgegnete: er habe die fragliche Erklärung nicht in rhetorischem Pathos oder zur Verherrlichung seiner Person, auch nicht aus bloßer Rechthaberei abgegeben, sondern mit dem ernstlichen Willen, sich zu verpflichten. Er habe ebenso wie der Kläger den ernstlichen Willen, daß die Frage selbst entschieden werde. Er erhebe nicht den Einwand der Wette, erkläre vielmehr, daß es ihm ferngelegen habe, zu wetten. In seiner Erklärung sei eine Auslobung im Sinne § 661 BGB. zu finden, weil der Gegenstand der Auslobung eine Reihe von Lösungen zulasse. Da er die nach § 661 BGB. erforderliche Frist erst nachgeholt und dieselbe noch nicht abgelaufen sei, so sei die Klage als verfrüht abzuweisen.

Die zweite Instanz wies die Berufung zurück mit folgender Begründung:

[1]) In diesem Punkte referieren wir nach Köttgen a. a. O. S. 381.

Die Auffassung, daß die Fälle, in welchen der Auslobende nur am Nichtvollbringen ein Interesse habe, nicht unter den Begriff der Auslobung des Bürgerlichen Gesetzbuches falle, sei unzutreffend. Die Ernstlichkeit des Verpflichtungswillens des Beklagten sei nach der eigenen glaubhaften Versicherung desselben nicht zu bezweifeln. Daher liege Auslobung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches vor und schon aus diesem Grunde sei die Annahme einer Wette rechtlich ausgeschlossen. Wette sei auch deshalb nicht anzunehmen, weil die Parteien übereinstimmend in glaubhafter Weise in der mündlichen Verhandlung erklärt hätten, daß sie nicht wetten wollten, sondern den ernstlichen Willen gehabt hätten, die Frage zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen, was aber nicht in Form der Wette hätte geschehen können. Es erübrige sich einzugehen auf die Frage, ob die sogen. „halbe Wette" auch Wette oder doch der eigentlichen Wette gleichzustellen sei, ob nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Wette durch Annahme einer in incertam personam gerichteten Wettofferte zustande kommen könne, endlich auch, ob hier der für die Wette begrifflich erforderliche diametrale Gegensatz der beiderseitigen Behauptungen vorliegen würde.

Die Auslobung sei eine solche im Sinne des § 657, nicht 661. Allein der Kläger habe den in der Auslobung verlangten Nachweis nicht erbracht, daher sei sein Anspruch unbegründet.

§ 4.

Aus dem bisher Gesagten läßt sich entnehmen, daß der Kern unseres Themas in folgenden Fragen enthalten ist:

α) Gibt es eine sogen. „einseitige", „halbe" Wette, und können im bejahenden Falle Anträge zu einer solchen mittels öffentlicher Bekanntmachung gestellt werden?

β) Wie unterscheiden sich, wenn die vorstehenden Frage zu bejahen sein sollten, die Offerte zu einer einseitigen Wette mittels öffentlicher Bekanntmachung von der Auslobung, bezw. gibt es Fälle, welche beides zugleich darstellen können und wie wären solche event. zu entscheiden?

Bei Beantwortung der Frage unter β) wird wiederum die folgende mit zu erörtern sein:

γ) Welchen rechtsgeschäftlichen Charakter hat die Auslobung, d. h.

namentlich: ist sie ein einseitiges Rechtsgeschäft oder ein zweiseitiges bezw. eine Offerte zu einem solchen? Worin besteht ferner die „Verpflichtung", welche sie erzeugt und wie unterscheidet sich diese von der Gebundenheit des Wett- bezw. überhaupt des Vertragsofferenten?

§ 5.

Bevor wir in die eigentliche Behandlung dieser Fragen eintreten, wollen wir uns erst einen kurzen Überblick über die einschlägige Literatur und Judikatur verschaffen.

Was zunächst die juristische Konstruktion der Auslobung betrifft, so herrscht im gemeinen Recht der größte Streit; zwei Hauptmeinungen stehen sich gegenüber. Die eine führt die Entstehung der Verbindlichkeit, welche die Auslobung zur Folge hat, auf einen Vertrag zurück: die Auslobungserklärung enthalte ein ad incertam personam gerichtetes Angebot, daß durch einen Akt der Annahme — durch Ausführung der Handlung, wie die meisten glauben — seitens einer bestimmten Person einen Vertrag mit dieser zur Folge habe, aus dem die Verpflichtung des Auslobenden zur Erfüllung hervorgehe. Diese Auffassung findet sich in drei Gerichtsentscheidungen, die in Seufferts Archiv Bd. 9 Nr. 278 u. Bd. 11 Nr. 217 und in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 22 S. 11 f. erwähnt sind.

Vertreter dieser sogen. Vertragstheorie sind im übrigen: Windscheid[1] — der die Sache allerdings nicht für unzweifelhaft hält —, Schütze,[2] Regelsberger,[3] Ihering,[4] Sohm,[5] Exner,[6] Mannesmann,[7] Heuser[8] sowie Elster,[9] der sich mit der Konstruktion dieser Theorie eingehender befaßt hat.

---

[1]) Windscheid-Kipp, Lehrb. des Pandektenrechts Bd. 2, 9. Aufl. 1906 S. 258 f.

[2]) Schütze im Jahrb. des gem. Rechts Bd. 5 S. 33 Anm. 2.

[3]) Regelsberger, Zivilrechtl. Erörterungen I 1868 S. 211.

[4]) Ihering in seinen Jahrb. Bd. 4 S. 97 ff., Bd. 7 S. 173, 177.

[5]) Sohm in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 17 S. 88 ff.

[6]) Exner in der Krit. VSchr. von Pözl-Windscheid Bd. 11 S. 346, 348.

[7]) Mannesmann, Das einf. Versprechen als Verpflichtungsgrund im gem. R., Dissert. 1897, S. 50, 54.

[8]) Heuser, Die Auslobung, Dissert. 1903, S. 40, 46.

[9]) Elster im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 18 S. 152 ff.

Ihr gegenüber steht die sogen. Pollizitationstheorie, zufolge deren die Verpflichtung des Auslobenden auf die bindende Kraft eines einseitigen Versprechens sich gründet, wobei die Vornahme der erforderlichen Handlung lediglich die Bedeutung hat, daß eine tatsächliche Bedingung, an die der Auslobende seine Verpflichtung geknüpft hat, erfüllt wird. Diese Theorie wird vertreten von Oertel,[1] Siegel,[2] Kuntze,[3] Unger,[4] Hasenöhrl,[5] Stobbe[6] und Brinz,[7] während Windscheid (a. a. O. S. 258 Note 3) es für vorsichtiger hält, bei der Vertragstheorie stehen zu bleiben, jedoch zugesteht, daß es leichter sei, den Bedürfnissen des Lebens mit der Pollizitationstheorie gerecht zu werden, und daß für die Gesetzgebung kaum ein Hindernis vorhanden sein möchte, die Auslobung als einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft anzuerkennen.

Für das Bürgerliche Gesetzbuch ist die Pollizitationstheorie fast allgemein anerkannt, so z. B. auch von Windscheid (a. a. O. S. 261 Ziff. 1). Kohler,[8] Fischer,[9] und Jacubezky[10] halten jedoch die Auslobung auch nach Bürgerlichem Gesetzbuch für eine Offerte bezw. einen Vertrag, während Planck[11] erklärt, daß man die Auffassung Jacubezky's als möglich anerkennen müsse.

Was den Charakter der Verbindlichkeit betrifft, welche der Auslobende nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche eingeht, so wird derselbe von Elster[12] und Hause[13] als eine bedingte Verpflichtung betrachtet, während Kirchner[14] eine solche nicht anerkennt, und die

---

[1] Oertel, Die Lehre von der Auslobung, Dissert. 1895, S. 43 ff.

[2] Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund 1873 S. 92.

[3] Kuntze in Holzschuhers Theorie und Kasuistik 3. Aufl. Bd. 3 S. 293 ff.

[4] Unger in Grünhuts Zeitschrift Bd. 1 S. 370.

[5] Hasenöhrl, Das österreich. Obligationenrecht Bd. 2 S. 9 f. 2. Aufl. 1899.

[6] Stobbe, Deutsches PrivR. 3. Aufl. Bd. 3 S. 179.

[7] Brinz, Lehrb. der Pand. 2. Aufl. Bd. 4 S. 254.

[8] Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 4, 5, 7, sowie Lehrbuch des bürgerl. R. 1906 Bd. 1 S. 549, Bd. 2 S. 356 ff.

[9] Fischer, Die Auslobung nach BGB., Dissert. 1900, S. 11 ff.

[10] Jacubezky, Bem. zu dem Entw. eines BGB. 1892 S. 140.

[11] Planck, BGB. 1. Aufl. Bd. 2 S. 401 II.

[12] Elster a. a. O. S. 135 ff.

[13] Hause, Die rechtliche Natur der Auslobungserklärung, Dissert. 1905, S. 41 ff.

[14] Kirchner, Die Auslobung, Dissert. 1903, S. 139.

Motive (Bd. 7 S. 520, 522) erklären, daß vor der Vornahme der Handlung „eine Verbindlichkeit nicht bestehe".

Darüber, ob eine „einseitige", „halbe" Wette anzuerkennen ist, gehen die Meinungen ebenfalls auseinander, die meisten Schriftsteller verneinen aber diese Frage — wenigstens definieren sie die Wette meist ähnlich wie das Reichsgericht — z. B. folgende: Windscheid (a. a. O. S. 854 f. 861 f.), der aber in der „halben" Wette einen andern, und zwar klagbaren Vertrag erblickt, Regelsberger (a. a. O. S. 207), Exner (a. a. O. S. 389), Oertel (a. a. O. S. 54), Matthiaß,[1]) Braumüller,[2]) Dietrich,[3]) Heuser (a. a. O. S. 71), Bartelt,[4]) Mengel,[5]) Oertmann (a. a. O. S. 684, Ziff. 5.), Winckler (a. a. O. S. 355 f.), Heinsheimer (a. a. O. S. 633 f.), Franke (a. a. O. S. 553 ff.).

Für die Anerkennung der „einseitigen" Wette haben sich erklärt außer Dernburg: Jhering,[6]) welcher von einer „Popularwette" spricht, wenn die Offerte in incertam personam gerichtet ist, ferner Elster,[7]) Becker,[8]) Hirschfeld,[9]) v. Staudinger,[10]) Engelmann,[11]) namentlich aber Kohler,[12]) Hamm (a. a. O. S. 393) und Köttgen (a. a. O. S. 380 f.), welch letztere ihre Meinung, und zwar im Anschluß an den Prozeß Hoensbroech-Dasbach näher zu begründen suchen.

Das Oberlandesgericht Hamburg hat in einer Entscheidung[13]) ebenfalls eine halbe Wette angenommen, während dieselbe in Seufferts

---

[1]) Matthiaß, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 3. Aufl. S. 664.
[2]) Braumüller, Die Auslobung, Dissert. 1904, S. 70 f.
[3]) Dietrich, Die Auslobung, Dissert. 1904, S. 107 ff.
[4]) Bartelt, Die Auslobung nach BGB., Dissert. 1900, S. 41.
[5]) Mengel, Spiel und Wette, Dissert. 1902, S. 26, 29, 30.
[6]) Jhering in seinen Jahrbüchern Bd. 4 S. 100.
[7]) Elster im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 35.
[8]) Becker, Die Auslobung, Dissert. 1905, S. 29 f.
[9]) Hirschfeld, Wettrennen und Rennwetten, Dissert. 1891, S. 2, 7.
[10]) v. Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 2, 2. Aufl. S. 688 Nr. 2.
[11]) Engelmann, Das bürgerl. R. 4. Aufl. S. 292.
[12]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 3, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1 S. 549, Bd. 2 S. 309 f.; vgl. auch Das Recht 1904 S. 559.
[13]) JurW. 1905 S. 530 f.

Archiv Bd. 16 Nr. 216 sowie in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen Bd. 9 S. 165 f. und Bd. 19 S. 283 f. verneint worden ist.

Hofmann[1]) und Stobbe (a. a. O. S. 428) wollen die Grundsätze der Wette auf die einseitige Wette analog anwenden, so event. auch Köttgen (a. a. O. S. 380) und Hamm (a. a. O. S. 393). Dertmann (a. a. O.) erklärt die einseitige Wette für Auslobung, wenn das Versprechen im Fall der öffentlichen Bekanntmachung auf Vollbringung einer Handlung gesetzt ist, andernfalls sei sie nur ein bedingtes, zur Wirksamkeit der Annahme bedürftiges Versprechen, das sich nach den allgemeinen Regeln richte. Bluntschli[2]) sagt einfach: „Einseitige Wetten sind bedingte Schenkungen". Ebenso erblickt Francke (a. a. O. S. 554) in dem von ihm sogen. „einseitigen Versprechen einer Irrtumsstrafe" regelmäßig ein Schenkungsversprechen.

§ 6.

Unsere Untersuchungen über die Kernfragen unseres Themas müssen wir beginnen mit der Feststellung der rechtlichen Natur der Auslobung. Für dieselbe sind a priori 3 Konstruktionen denkbar: entweder ist die Auslobung ein selbständiger Vertrag von besonderer Art, oder sie ist eine Offerte — nämlich eine Offerte zu irgend einem der nach unserm Privatrechtssystem möglichen Verträge, im konkreten Falle also etwa eines Werkvertrages oder eines Schenkungsvertrags von remuneratorischem Charakter oder eines Innominatkontrakts — oder aber ein einseitiges Rechtsgeschäft.

Diesen drei Möglichkeiten entsprechen die in der Literatur vertretenen drei Theorien über die juristische Natur der Auslobung. Die ersteren beiden werden unter dem Namen „Vertragstheorie" zusammen gefaßt, während die eine derselben besser Offertentheorie genannt würde, und die dritte pflegt in irreführender Weise als Pollizitationstheorie bezeichnet zu werden, während sie besser Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts[3]) genannt würde.

Die pollicitatio unterscheidet sich nämlich von der Auslobung —

[1]) Hofmann, Die Entstehungsgründe d. Obligationen 1874 S. 41 f.
[2]) Bluntschli, Deutsches PrivR. 3. Aufl. S. 356 A 1 a zu § 126.
[3]) So bezeichnet von Oertel a. a. O. S. 34.

die zwar dem römischen Leben auch bekannt, aber im römischen Recht nicht anerkannt war — wesentlich, und zwar dadurch, daß sie eine einseitige regelmäßig nur unter bestimmten Voraussetzungen erfolgende Zuwendung an eine Stadtgemeinde, also an ein von vornherein bestimmtes Rechtssubjekt, und zwar ein solches des öffentlichen Rechts war, während die Auslobung sich an eine incerta persona wendet[1]).

Die Vertragstheorie i. e. S. wurde nur von ganz wenigen ältern Schriftstellern angenommen, und zwar gewissermaßen als etwas Selbstverständliches, daher auch ohne Begründung gelassen. Vertreter hat sie später nicht mehr gefunden[2]).

Völderndorff[3]), einer ihrer Anhänger, sagt:

> „Die Auslobung erscheint nach heutigem gemeinen Recht als ein der Dienst- und Werkmiete bezw. dem Honorarvertrag analoger Vertrag, dessen besondere Eigentümlichkeit nur darin besteht, daß die Gegenpartei nicht nach ihrer Persönlichkeit und ihrem Namen nach, sondern durch eine Voraussetzung bestimmt ist."

Für das Bürgerliche Gesetzbuch dürfte sowohl die Vertragstheorie i. e. S. als die Offertentheorie schon deshalb unbrauchbar sein, weil es in § 657 heißt, daß der Auslobende die Belohnung demjenigen zu entrichten verpflichtet ist, welcher die Handlung vorgenommen hat, auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat.

Das Gesetz hat eben, wenn es eine Verpflichtung entstehen läßt, schlechthin auf Grund der bloßen Ausführung der gewünschten Handlung, keinen Vertrag und keinen Antrag zu einem solchen im Auge, sondern statuiert damit ein einseitiges Rechtsgeschäft.

Überdies erklären sich auch die Motive (Bd. 2 S. 175 f. S. 518 ff.) ausdrücklich für die Pollizitationstheorie.

Da jedoch trotzdem, wie gesagt, einige Schriftsteller noch an der Offertentheorie festhalten bezw. sie auch für das BGB. für möglich erklären, so müssen wir dieselbe — zugleich mit der Vertragstheorie i. e. S. — noch eingehender widerlegen.

---

[1]) vgl. namentlich Elster a. a. O. Bd. 18 S. 128 ff. 141 ff.

[2]) vgl. Oertel a. a. O. S. 32, 35.

[3]) Völderndorff in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 24 S. 181.

Hören wir zunächst die wichtigsten Gründe, welche ihre Gegner ins Feld geführt haben.

Stobbe (a. a. O. S. 179) sagt z. B.: „Der Auslobende will gar nicht mit demjenigen, welcher die geforderte Leistung zu unternehmen beabsichtigt, einen Vertrag schließen, er will ihn sich nicht verpflichten, sondern will seinerseits leisten, wenn ein anderer dem Verlangen entsprochen hat." — „Wer die geforderte Leistung vornimmt, die Bedingung erfüllt, hat nicht mit dem Auslobenden einen stillschweigenden Vertrag geschlossen, sondern nimmt ihn auf Grund seines einseitigen Versprechens ebenso in Anspruch, als hätte er mit ihm einen Vertrag geschlossen."

Kuntze (a. a. O. S. 298) meint: „Es ist zunächst einzuwenden, daß, wenn man in der tatsächlichen Erfüllung die Akzepterklärung finden wollte, das sonderbare Resultat gewonnen würde, daß der Vertrag nicht eher zum Abschluß gelange, als bis er von einer Seite erfüllt würde."

Unger (a. a. O. S. 370) sagt: „Jener, welcher die Leistung erbringt, fordert das Versprechen auf Grund der öffentlich gemachten Zusage, nicht auf Grund der Annahme derselben."

Brinz (a. a. O. S. 254) äußert sich dahin: „Wer das Gefundene heimgibt, die erste Kanone wegnimmt, ohne von der Auslobung zu wissen, hat unmöglich akzeptiert, weder in Worten noch in Werken, und ist doch forderungsberechtigt; unmöglich bedarf also die Auslobung erst der Akzeptation, unmöglich ist sie bloß Offert. Wer von der Auslobung weiß und daraufhin handelt, hat nur den Gedanken, die Bedingung seines Forderungsrechts zu erfüllen, nicht erst einen Kontrakt einzugehen. Das Offert, das die Auslobung sein soll, wäre von der Art, daß es in bloßen Worten gar nicht akzeptiert werden kann: ein solches Offert ist kein Offert."

Oertel (a. a. O. S. 42) meint: „Ist doch der Vertrag seinem Begriff nach nicht Willensübereinstimmung, sondern Willenseinigung, diese setzt aber voraus, daß die Parteien von dem Willen des andern Kenntnis haben und im Hinblick auf diesen Willen tätig werden."

Man weist ferner, so z. B. Oertel a. a. O. S. 38, darauf hin, daß die Offertentheorie schon deshalb bedenklich erscheinen müsse, weil ihre Vertreter sich nicht darüber einigen könnten, worin die Akzeptation

des Anerbietens zu erblicken sei. Einige fänden sie in dem Beginn der Ausführung, andere in der Vollendung der Ausführung, wieder andere in der direkten Willenserklärung nach vollbrachter Leistung usw. Von einigen, z. B. Kirchner (a. a. O. S. 31, 32) wird ferner geltend gemacht, daß ja auch der Geschäftsunfähige die Handlung vorzunehmen und dadurch ein Recht zu erwerben imstande sei, während er eine Offerte nicht annehmen könne.

Das sind die hauptsächlichsten gegen die Offerten- bezw. Vertragstheorie vorgebrachten Argumente.

Wir halten dieselben durchweg für zutreffend und glauben, daß sie in Verbindung mit den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Wortlaut des Gesetzes zur Widerlegung der Vertragstheorie in beiderlei Gestalt für hinreichend betrachtet werden können. Da sie jedoch den Ansprüchen Kohlers, Fischers, Jacubezkys und bezw. auch Plancks, wie man annehmen muß, noch nicht genügen, so sehen wir uns veranlaßt, noch nach der gemeinsamen Wurzel aller dieser Gründe zu forschen, um vielleicht dadurch zu einem absolut sichern Ergebnis zu gelangen, wie es für unsere Zwecke unbedingt nötig erscheint. Dies wollen wir zugleich deshalb tun, weil die Resultate, die wir hierbei zu gewinnen hoffen, auch unsern spätern Untersuchungen sehr förderlich sein werden.

Wenn die Auslobung nach Bürgerlichem Gesetzbuch eine Offerte sein soll — nämlich eine Offerte zu gewissen von den verschiedenartigen Verträgen, wie sie eben überhaupt nach unserm Privatrechtssystem möglich sind — so könnte und müßte man annehmen, daß das Gesetz in § 657 eine besondere Art, Offerten ans Publikum zu machen, sanktionieren wollte, nämlich Offerten mittels öffentlicher Bekanntmachung. Dann müßte man aber sofort fragen: Wozu das? Vertragsanträge ad incertam personam können ja anerkanntermaßen — denken wir nur an den Verkaufsautomaten und Musikautomaten — ohnehin in jeder Form erfolgen.[1]) Man möchte fast sagen: das ist ja, weil für den Rechtsverkehr notwendig, ganz selbstverständlich. Man müßte

[1]) vgl. Biermann in Iherings Jahrbüchern Bd. 32 S. 293 ff. u. Sohm a. a. O. S. 65. Zweifelhaft kann es in concreto nur sein, ob ein öffentliches Anerbieten wirklich eine Offerte ad incertam personam oder nur eine Aufforderung zur Abgabe von Offerten enthält. Vgl. hierüber Zschimmer, Die Offerte an das Publikum, Dissert. 1898.

ferner auch fragen, warum dann der Gesetzgeber nur für den Fall des Versprechens einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung eine besondere Offertenart ans Publikum sanktioniert habe und nicht auch ähnlich oder gleichmäßig für andere Fälle, z. B. für Kaufverträge.

Dem Gesetzgeber kann es also doch nicht darum zu tun gewesen sein, eine solche besondere Antragsart zu statuieren, und schon deshalb kann die Auslobung des Bürgerlichen Gesetzbuches doch wohl keine Offerte sein. Mit dem Grund und Zweck der Schaffung dieses Rechtsinstituts muß es daher eine andere Bewandtnis haben, die rechtliche Natur der Auslobung muß eine andere sein.

Es ist nur zweierlei denkbar: entweder hat der Gesetzgeber eine besondere eigentümliche Vertragsart schaffen wollen, oder ein einseitiges Rechtsgeschäft. Ob das eine oder das andere der Fall ist, darüber dürfte uns aber eine Untersuchung über das Wesen und den Charakter derjenigen Handlungen, die das Wunschobjekt des Auslobers bilden können, Aufschluß geben. Hierbei werden sich zugleich die triftigsten Gründe herausstellen, welche die Konstruktion der Auslobung als Offerte ausschließen.

Gegenstand der Auslobung kann z. B. sein: die Eroberung der ersten feindlichen Kanone oder Fahne, das Auffinden und Zurückbringen eines verlorenen Gegenstandes, die Entdeckung oder Festnahme eines Verbrechers.

In derartigen Fällen wäre nun aber der Abschluß eines gegenseitigen Vertrages vor der Vornahme der Handlung regelmäßig ganz nutz- und zwecklos, wenn nicht überhaupt ein Unding, und zwar aus folgenden Gründen:

Die „Handlungen", von denen § 657 BGB. spricht, sind offenbar ein weiterer Begriff als die „Leistungen", welche nach § 241 BGB. Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein können. Denn wenn auch nach Bürgerlichem Gesetzbuch das Prinzip der Vertragsfreiheit herrscht, wenn außer den im Bürgerlichen Gesetzbuch speziell aufgeführten Vertragsarten auch noch andere denkbar sind, so können doch anerkanntermaßen nur „schutzwürdige Interessen" Gegenstand eines Forderungsrechts und somit eines gegenseitigen Vertrages sein.[1])

[1]) vgl. Rosenthal, BGB. 7. Aufl. S. 853 f.

Die Auslobung dagegen dient den allerverschiedensten Wünschen und Interessen, ihren Gegenstand können alle möglichen Handlungen bilden[1]), auch solche, zu denen man sich nicht durch Vertrag verpflichten kann, ausgenommen natürlich unsittliche und verbotene.

Bezüglich solcher nach § 657 BGB. zulässiger, aber nicht als „Leistungen" im Sinne des § 241 zu betrachtender Handlungen wäre nur ein Vertrag möglich nach der Formel: dabo si feceris, also ein nur einseitig, und zwar nur bedingt verpflichtender, bei dem nämlich der Promittent sich dem Promissar gegenüber verpflichtet für den Fall, daß letzterer eine Handlung vornimmt, während der Promissar dieselbe zwar ausführen kann, aber nicht muß.

Die Auslobung betrifft aber vor allem auch Handlungen, welche infolge äußerer Umstände nicht Gegenstand eines gegenseitigen obligatorischen Vertrages sein können, nämlich deshalb, weil derjenige, welcher die Handlung vornimmt oder vornehmen kann, mehr oder weniger erst durch Zufall bestimmt wird, jedenfalls aber — wie in den erwähnten Beispielen — von vornherein regelmäßig gar nicht wissen kann, ob er gerade zur Ausführung imstande ist, ja häufig sogar, ob die Handlung in concreto, unter den obwaltenden Umständen, überhaupt ausführbar ist.

Hier wäre also infolge äußerer Umstände vor der Vornahme der Handlung das Zustandekommen eines Vertrags überhaupt, also auch eines einseitigen nach der genannten Formel, ein Unding oder doch regelmäßig ganz sinn- und zwecklos.

Nun ließe sich allerdings denken, daß immerhin wenigstens eine Offerte zu einem solchen einseitigen Vertrag ad incertam personam vor der Ausführung gemacht würde, und zwar des Inhalts, daß der Beginn der Ausführung oder deren Vollendung die Annahmeerklärung bedeuten oder ersetzen solle. An sich, in abstracto, ließe sich also immerhin ein Vertrag nach der obigen Formel theoretisch konstruieren. Aber abgesehen davon, daß dies in den erwähnten Fällen als außerordentliche Künstelei erscheint, und daß es geradezu monstra

[1]) So z. B. Brummund, Die Auslobung, Dissert. 1898, S. 31. Vgl. auch Oertmann a. a. O. S. 682 Ziff. 1 a u. S. 683 Ziff. 2, sowie Planck a. a. O. S. 402 unter b.

von Verträgen sein müßten, weil sie ja nur mittels Offerte ad incertam personam und gar nicht inter certas personas von vornherein geschlossen werden sollten oder könnten, und weil vor der vollendeten Ausführung eine ausdrückliche Annahmeerklärung wirkungslos bezw. zwecklos oder gar unmöglich ist, wäre dagegen noch einzuwenden, daß eine solche Offerte, welche die gewünschte Handlung veranlassen soll, doch dann keinen Sinn und Zweck hätte, wenn die Handlung zur Zeit der Auslobungserklärung bereits geschehen war, desgleichen dann, wenn der Ausführende ohne Rücksicht auf die Auslobung, z. B. in Unkenntnis derselben, gehandelt hat, und ebenso dann, wenn die Ausführung durch einen Geschäftsunfähigen erfolgt. In diesen Fällen müßte man noch eine neue Konstruktion zu Hilfe nehmen, nämlich dahingehend, daß die Offerte, welche als Antrag zu einem bedingten — und zwar entgeltlichen oder unentgeltlichen — einseitigen Vertrag nach der obigen Formel gemacht worden ist, sich stillschweigend umwandelt in eine Offerte zu einer remuneratorischen Schenkung, also eine Art Konversion der Offerte müßte man fingieren. Aber alle solche Künsteleien müssen deshalb versagen, weil ja regelmäßig feststeht, daß der Wille der Parteien, vor allem der des Promittenten, bei der wirklichen Auslobung von vornherein gar nicht auf ein Kontrahieren gerichtet ist, daß es vielmehr Absicht des Auslobenden ist, sich schlechthin für die Vornahme der Handlung dem Ausführenden zu verpflichten und daß andrerseits dementsprechend der letztere sich für berechtigt hält, lediglich auf Grund der bloßen Tatsache der Ausführung, obgleich er gar nicht kontrahiert hat.

Demjenigen, welcher die Vornahme einer Handlung wünscht, von der eben von vornherein noch niemand weiß, wer sie vornehmen kann, event. sogar, ob sie überhaupt möglich ist, wird eben schon deshalb gewöhnlich, wenn er seinen Zweck erreichen will, nichts anderes übrig bleiben, als sich gleich von vornherein schlechthin für den Fall der Ausführung zu verpflichten, anstatt bloß zu offerieren. Eine solche bedingte Verpflichtung durch einseitiges Rechtsgeschäft ist also mindestens für viele Fälle — und zwar, wie klar auf der Hand liegt, aber besonders zu betonen ist, eben diejenigen beiden oben geschilderten Kategorien, welchen zweifellos das Institut der Auslobung gerade seine Entstehung und

Anerkennung verdankt — geradezu eine aus dem praktischen Bedürfnis sich ergebende Notwendigkeit.

Für solche Fälle aber einen Annahmewillen, der tatsächlich ganz und gar nicht vorliegt oder gar nicht vorhanden sein kann, zu präsumieren — d. h. in Wirklichkeit zu fingieren — wie Elster[1]) es tut, um die Vertragstheorie wenigstens für das gemeine Recht unter allen Umständen zu retten, das dürfte doch direkt unzulässig sein, weil es mit dem Wesen des Vertrages als einer Willenseinigung, einer kongruenten Willenserklärung zweier oder mehrerer Personen, völlig unvereinbar ist. Das ist doch vielmehr gerade die Negation des Vertrags, denn das heißt doch, den Willen der Parteien total ignorieren.[2]) Dasselbe können wir Kohler entgegenhalten, wenn er sagt: „Die Annahme des Vertragsantrags durch Leistung bedarf nicht des Bewußtseins, daß ein Vertragsantrag in der betreffenden Form vorliegt, dies geschieht einfach durch objektive Leistung, auch ohne Bewußtsein davon, daß die Leistung Annahmecharakter hat" (!) — „Es bedarf nicht einer besonderen Zustimmung zu den mit der Annahme verknüpften Erwerbsvorteilen, ebensowenig als es einer solchen Zustimmung zum Anfall eines Vermächtnisses bedarf." (!)[3])

„Sie — d. h. die Annahme — geschieht durch Leistung ohne Kenntnis des Antrags." (!)[4]) Sehr treffend bemerkt dazu Oertmann (a. a. O. S. 682 unter b): „Diese überkühne Konstruktion ist so lange unannehmbar, als wir den Vertragsbegriff des geltenden Rechts nicht

---

[1]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 18 S. 163 f. Ihm schließt sich Heuser a. a. O. S. 40 an.

[2]) Der Grund, weshalb Elster, Kohler und andere mit solcher Zähigkeit an der Offertentheorie festhalten, ist eben das aus dem Geiste des römischen Rechts übernommene Vorurteil, daß Obligationen — abgesehen von Delikten, Quasidelikten und Quasikontrakten — prinzipiell nur durch Vertrag und nicht auch durch streng einseitige Verpflichtungserklärung entstehen könnten, und daß von diesem Grundsatz außer den ganz wenigen ausdrücklich anerkannten Ausnahmen — wie der Stiftung und der Schuldverschreibung auf den Inhaber — weitere prinzipiell nicht zugelassen werden könnten und dürften —, ein Vorurteil, das zum mindesten nicht zur Förderung der Rechtswissenschaft und der Rechtsentwicklung beigetragen hat.

[3]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 4, 5.

[4]) Lehrb. Bd. 2 S. 357 Ziff. VI.

durch einen ganz andern ersetzen". — „Eine Annahme ohne Bewußtsein des Annahmecharakters ist eine contradictio in adiecto."

Windscheid (a. a. O. S. 259 Note 5) erklärt, die Ansicht Kohlers sei „nur haltbar vom Standpunkt des einseitigen Versprechens".

Noch entschiedener aber und vielleicht mit absoluter Bestimmtheit müssen wir die Offertentheorie und die Vertragstheorie i. e. S. ablehnen aus folgenden Erwägungen.

Die Handlung, für welche die Belohnung ausgesetzt wird, kann möglicherweise von mehreren, sogar gleichzeitig von mehreren, vorgenommen werden, während aber nur einer der Ausführenden die Belohnung erhalten kann oder soll.

In diesen Fällen der Konkurrenz mehrerer Vollbringer würde es u. E. geradezu Nonsens sein, irgend einen Vertrag konstruieren zu wollen. Denn daß der Gegenkontrahent event. durch das Los oder durch den Preisrichter oder sonstwie objektiv erst bestimmt werden müßte — und zwar nachdem die Handlung schon vorgenommen worden und vielleicht gar dem Auslober bereits zugute gekommen ist! — das wäre doch mit dem Wesen des Vertrages kaum vereinbar, dann könnte man mindestens nicht von einer reinen Annahme, sondern nur von einer bedingten Annahme reden, bedingt nämlich durch eine in bestimmter Weise zu treffende Auswahl resp. Entscheidung darüber, wer unter mehreren Akzeptanten als Gegenkontrahent angenommen werden soll. Das wäre aber doch etwas ganz Abnormes und jedenfalls nur dann angängig, wenn die Methode, wie der Gegenkontrahent bei Konkurrenz mehrerer Vollbringer sich zu bestimmen habe, in der Offerte selbst mit angegeben wäre. Da letzteres aber regelmäßig — wenn wir einmal von Preisbewerbungen ganz absehen — nicht geschieht, so kann auch keine richtige, perfekte Offerte vorliegen, denn dann kämen ja faktisch oft mehrere Verträge statt des einzigen gewünschten zustande. Infolgedessen wäre man also genötigt, in solchen Konkurrenzfällen anzunehmen, daß es sich um keine Offerte handelte, sondern nur um eine bloße Einladung ans Publikum, Vertragsanträge zu machen. Es wären dann also die Ausführenden als Offerenten zu betrachten, aus denen selbstredend derjenige, der die Aufforderung hat ergehen lassen, nach Belieben auswählen könnte. Ja, derselbe wäre dann sogar berechtigt, sämtliche Offerten abzu-

lehnen. Unter solchen Umständen aber läge wiederum gar keine Auslobung vor, mindestens keine solche im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches. Denn wenn dasselbe in §§ 659 ff. positive Bestimmungen darüber trifft, wie die Verteilung der Belohnung bezw. die Auswahl unter mehreren Vollbringern zu erfolgen hat, so ist damit völlig außer Zweifel gestellt, daß jeder derselben als solcher schon einen **Anspruch** darauf hat, daß die Verteilung in bestimmter Weise erfolgt, resp. daß der Berechtigte in der vorgeschriebenen Art festgestellt wird, d. h. der Auslobende hat regelmäßig — Preisbewerbungen event. ausgenommen — kein Auswahlrecht. Bei echten Auslobungen kann mithin auch von einer bloßen Aufforderung zur Abgabe von Offerten keine Rede sein.

Ein solcher Anspruch der mehreren Vollbringer auf bestimmte bezw. gerechte Verteilung der Belohnung resp. auf eine in bestimmter Weise zu treffende Auswahl kann aber auch für das gemeine Recht nicht geleugnet werden, er muß vielmehr auch für dieses ohne weiteres — das bedarf keines Beweises — anerkannt werden und wird auch tatsächlich, so viel wir wissen, absolut nicht in Zweifel gezogen, vielmehr als ganz selbstverständlich betrachtet.

Ein solcher Anspruch kann sich nun aber ganz gewiß — das leuchtet ohne weiteres ein — nur gründen entweder auf eine ausdrückliche in einer Offerte vorgesehene — meist aber, wie gesagt, tatsächlich nicht getroffene — Bestimmung über die Verteilung resp. Auswahl oder auf das einseitige Rechtsgeschäft.

Daß das Bürgerliche Gesetzbuch eingehende Bestimmungen trifft über Auswahl resp. Verteilung im Falle der Konkurrenz mehrerer Ausführenden, beweist daher zugleich mit, daß es die Auslobung als einseitiges Rechtsgeschäft ansieht.

Infolge aller dieser Erwägungen gelangen wir mit Notwendigkeit zu folgenden Resultaten:

1. Wenn auf Grund einer mittels öffentlicher Bekanntmachung resp. ad incertam personam gemachten Offerte nur ein Vertrag oder eine bestimmte beschränkte Anzahl von Verträgen zustande kommen sollen, so muß aus der Offerte — aus ihrem Inhalt oder den sie begleitenden Umständen — sich ergeben daß nur eine resp. die bestimmte beschränkte Anzahl von reinen unbedingten Annahmeerklärungen oder Annahmehandlungen

möglich ist, andernfalls liegt keine richtige Offerte, sondern nur eine Aufforderung zur Abgabe von Offerten vor.

Diesen Punkt müssen wir im Hinblick auf unsere späteren Erörterungen (§ 9) besonders betonen.

2. In den wirklichen Auslobungsfällen handelt es sich aber weder um derartige präzis gestellte Anträge ad incertam personam, die grade nur die gewünschte Anzahl von Verträgen zustande bringen könnten, noch auch um bloße Einladungen zur Abgabe von Offerten, mithin nur um einseitige Rechtsgeschäfte.

Es könnte nun freilich scheinen, als wenn Kohler,[1]) der bei der gleichzeitigen Leistung mehrerer sie sämtlich als Annehmende betrachtet und den Vertrag als mit mehreren abgeschlossen ansieht in der Art, daß ihnen zusammen die Gegenleistung geschuldet werde und daß das Los unter ihnen zu entscheiden habe, einen Strich durch unsere Deduktionen machen könnte.

Wir müssen und können indessen demgegenüber entschieden dabei stehen bleiben, daß ein derartiges Verhältnis, wenn es auf Grund einer Vertragsofferte ad incertam personam entstehen soll, auch einen jenem Verhältnis entsprechend gestellten Antrag zur unbedingten Voraussetzung haben muß. Ohne eine solche Gestaltung des Antrags, lediglich auf Grund einer einfachen Offerte ans Publikum könnten entweder nur mehrere selbständige, getrennte Verträge zustande kommen von der Art, daß jeder Akzeptant auf die ganze Gegenleistung Anspruch hat, oder das Angebot könnte nur eine bloße Aufforderung zu Vertragsofferten darstellen. Bei der Auslobung liegt die Sache eben nur deshalb anders, weil sie ein einseitiges Rechtsgeschäft ist.

Streng genommen kann ein solches vertragsmäßiges Verhältnis, bei dem unter mehreren Akzeptanten das Los entscheiden soll, überhaupt noch nicht als ein derartiges betrachtet werden, daß sie alle zusammen unmittelbar einen Anspruch auf die Gegenleistung haben. Wirklicher Gegenkontrahent würde doch eben nur derjenige werden, zu dessen Gunsten das Los entscheidet, während die übrigen mit dieser Entscheidung von allen Rechten und Pflichten — abgesehen etwa von einem Anspruch auf Rückgabe ihrer Leistungen — ausge-

[1]) Lehrb. S. 359 Ziff. 7.

schlossen werden auch gänzlich ausscheiden! Das Verhältnis zwischen den mehreren Akzeptanten einerseits und dem Promittenten andrerseits wäre eben bis zur Losziehung nur sozusagen ein mittelbarer Vertrag, eine Art pactum de contrahendo mit dem Zweck, erst das eigentliche definitive Vertragsverhältnis zwischen dem durchs Los Gezogenen und dem Promittenten herbeizuführen, während bis zu dieser Entscheidung der Anspruch eines jeden lediglich dahin ging, als Losungsberechtigter mit berücksichtigt zu werden. Man könnte also nur von einem eventuellen oder bedingten Anspruch reden.

Daß aber zu einem derartig komplizierten Vertragsverhältnis, an dem sich obendrein eine beliebige, von vornherein absolut unbestimmte Anzahl von Personen beteiligen könnte, eine entsprechend gestaltete Offerte notwendig ist, ist daher wohl selbstverständlich. Mangels einer solchen würden es schon die Grundsätze über Treu und Glauben im Verkehr erfordern, daß jeder der Akzeptanten — insbesondere bei sog. Realabschlüssen — für sich einen unbedingten, definitiven Anspruch auf die ganze zugesagte Leistung erhielte, sofern es sich nicht um eine bloße Aufforderung zur Offertenabgabe handelt.

Hiergegen könnte man einwenden: Das Bürgerliche Gesetzbuch trifft ja aber selbst eingehende Bestimmungen über die Verteilung der Belohnung in den § 658 f. und macht damit eine ausführliche, präzise Gestaltung der Offerte überflüssig. Darauf wäre zu erwidern:

1. Diese Bestimmungen betreffen eben nur die Auslobung und gelten keineswegs für sonstige Angebote ad incertas personas, ein Beweis, wenigstens ein Indizium dafür, daß es sich nach der Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt.
2. Das Gesetz spricht in den §§ 657—661 in keiner Weise von einem Vertrag und macht auch nicht die leiseste Andeutung eines solchen. Insbesondere spricht es weder von einer „Annahme" noch von irgend welchen Verpflichtungen, die den Vollbringer träfen, und dies alles im Gegensatz zu den vom Bürgerlichen Gesetzbuch speziell geregelten Vertragsarten!
3. Das Bürgerliche Gesetzbuch versteht überhaupt, wie aus dem Wortlaut der §§ 657 und 658 ganz unzweideutig hervorgeht,

unter „Auslobung“ nur die Erklärung des Auslobers für sich allein!

Aus alledem folgt: wer behaupten will, daß die Auslobung nach Bürgerlichen Gesetzbuch ein Vertrag ist, der müßte es schon beweisen, und solange dieser Beweis nicht erbracht ist — und er ist schlechterdings unmöglich — können wir nach dem oben Gesagten — ganz abgesehen von dem früher S. 10 oben erwähnten Gründen — nur ein einseitiges Rechtsgeschäft annehmen. Die bloße Möglichkeit — wenn wir sie zugeben müßten oder wollten — in einzelnen Fällen einen Vertrag zu konstruieren, ist jedenfalls kein solcher Beweis, am allerwenigsten dann, wenn überhaupt in allen denkbaren Fällen die Konstruktion als einseitiges Rechtsgeschäft mindestens ebenso leicht ist und wenn sich die Auslobung schon prima facie als einseitiges Rechtsgeschäft präsentiert.

Kohler[1]) behauptet nun sogar, daß die Auslobung überhaupt lediglich ein Werkvertrag sei und zieht hieraus die entsprechenden Folgerungen bezüglich der Haftung. Der Vertrag kommt nach ihm zustande durch einen Antrag an die Volksgesamtheit und durch eine Annahme desselben mittels Vollziehung des Werkes, ein Vorgang, den er als „gestreckten Vertragsschluß“ bezeichnet.

Hierin sowie überhaupt in seiner eigenartigen Vertragstheorie ist Kohler eingehend und treffend von Oertmann kritisiert und widerlegt worden.[2])

Oertmann weist darauf hin, daß, wenn ein Werkvertrag vorliegen solle, man die Leistung des Erwerbers doch unter dem Gesichtspunkt der solutio müsse betrachten können, ferner darauf, daß der Besteller eines Werkes nur für das Tätigkeitsergebnis Lohn verspreche, während bei der Auslobung auch Fälle vorkommen können, bei denen lediglich auf ein Tun als solches ohne Rücksicht auf den irgendwie beschaffenen Erfolg abgestellt werde, schließlich auch darauf, daß, wenn die gewünschte Tätigkeit der Auslobung vorausgegangen sei, einer solchen Handlung schlechthin jede Beziehung zu einem demnächst etwa zustande gekommenen Vertragsverhältnis sowohl subjektiv wie objektiv fehle. Wir möchten hinzufügen, daß, wenn, wie

[1]) Lehrb. S. 356 ff; Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 5.

[2]) Österr. Zentralblatt f. d. jur. Prax. Oktoberheft 1906 S. 785 ff.

wir oben S. 13 ff. gezeigt haben, es Fälle gibt, in denen der Auslober eine Handlung, die überhaupt nicht als Leistung im Sinne des § 241 BGB. betrachtet werden und daher gar nicht Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann, eine solche selbstredend auch nicht das Objekt eines Werkvertrags, auch nicht in der Form des „gestreckten Vertragsschlusses" bilden kann. Oder könnte etwa z. B. die Eroberung der ersten feindlichen Kanone Gegenstand eines solchen sein? Die Rechtssätze des Werkvertrags bezüglich der Haftung schlechtweg anwenden zu wollen für die Auslobung, das will uns einfach als Nonsens erscheinen.

Im übrigen möchten wir bezüglich der Haftungsfrage auf die u. E. zutreffenden Ausführungen Oertmanns[1]) verweisen.

Gegenüber Kohlers „gestrecktem Vertragsschluß" bemerkt Oertmann,[2]) daß auch bei sogen. „Realabschlüssen" feststehender- und allgemein anerkanntermaßen eine bewußte Annahmeerklärung, ein Annahmewille, unerläßlich sei, eine Aneignungshandlung somit nicht als solche, sondern nur kraft ihrer etwaigen deklarativen Bedeutung als Ausdruck des bewußten Annahmewillens genüge. Es sei unfaßbar, mit welchem Recht man den in Unkenntnis aller Rechtsfolgen seines Tuns Leistenden mit einer vielleicht recht drückenden Haftung belegen, ihm aus seiner Unwissenheit sozusagen einen Strick drehen dürfe, und vollends, wie man eine derartig überkommene Pflicht sogar als eine vertragsmäßige bezeichnen zu können glaube. Endlich stehe auch der Satz Kohlers, daß es zu lediglich vorteilhaften Geschäften — angenommen, der angebliche Auslobungsvertrag erzeuge nur Vorteile für den Leistenden — „keiner besonderen Zustimmung bedürfe", mit den elementaren Begriffen der Rechtswissenschaft in unüberbrückbarem Widerspruch.

Die völlige Unhaltbarkeit der Vertragstheorie in beiderlei Gestalt ist uns nach alledem zur unumstößlichen Gewißheit geworden, während die Pollizitationstheorie auch für das gemeine Recht gelten muß. Daran, daß der Ausführende event. wider Willen berechtigt wird, braucht man sich, wie Fischer (a. a. O. S. 27 ff.) dies tut, gewiß nicht zu stoßen, denn an Fällen des Rechtserwerbs ohne Wissen und

---

[1]) Schuldverhältnisse S. 684 Ziff. 4.
[2]) Österr. Zentralblatt 1906 S. 793 f.

Willen fehlt es sonst durchaus nicht. Wir brauchen nur an den Finderlohn und an den Vertrag zugunsten eines Dritten zu denken. Immerhin soll nicht behauptet werden, daß die Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts alles völlig restlos zu erklären vermöchte.

Wie wir oben gesehen haben, verdankt das Institut der Auslobung seine Existenz solchen Handlungen, bezüglich deren ein Vertrag *vor* der Ausführung unmöglich oder doch zwecklos wäre. Es *kann* nun aber auch dazu benutzt werden, um Handlungen zu extrahieren, über welche an und für sich ein Vertrag vor der Ausführung sehr wohl geschlossen werden könnte, sei es auf Grund einer Offerte ad certam oder ad incertam personam oder auf Grund einer Aufforderung zu Vertragsanträgen. Zweifelhaft kann es aber, wenn derartige Handlungen gewünscht werden, sein, was der Erklärende beabsichtigt hat: wollte er ausloben oder offerieren oder zu Vertragsanträgen auffordern?

In solchen Fällen wird man vielleicht oft nach den Grundsätzen über Treu und Glauben im Verkehr im Zweifel zugunsten des Ausführenden Auslobung annehmen müssen. Diese Fälle aber sind auf die Frage, ob die Auslobung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist oder nicht, ohne Einfluß und nötigen uns daher ganz und gar nicht, der Vertragstheorie bezw. deren Anhängern irgend welche Konzessionen zu machen.

§ 7.

Haben wir bis jetzt bewiesen, daß die Auslobung im Gegensatz zur Wette ein *einseitiges* Rechtsgeschäft ist, und damit den *grundlegenden* Unterschied zwischen beiden festgestellt, so müssen wir zunächst noch kurz eingehen auf das Wesen derjenigen Rechtswirkungen, welche die Auslobungserklärung erzeugt im Gegensatz zu derjenigen einer Wettofferte bezw. überhaupt einer Vertragsofferte.

Ein Schuldverhältnis kann aus der Auslobung natürlich erst entstehen durch die Vornahme der Handlung. Mit seiner Erklärung ist der Auslobende aber schon gebunden, so lange er nämlich — im Falle der Zulässigkeit des Widerrufs — nicht widerruft.

Diese Gebundenheit ist eine andere als die des Vertragsofferenten, denn der Auslobende ist bereits bedingt verpflichtet zu *leisten*, der

Offerent dagegen lediglich verpflichtet, den Vertrag perfekt werden zu lassen. Beide haben in ihre Vermögenslage einen Faktor eingefügt, aus dem sich eine Obligation entwickeln kann, sie haben für deren Zustandekommen die wesentlichsten Bedingungen gesetzt, sogar dergestalt, daß die auf diese Weise geschaffene Situation auf die Erben übergehen kann. Es liegt also bei beiden doch immerhin, obgleich greifbare Wirkungen noch nicht zutage getreten sind, im Keime wenigstens eine gewisse Veränderung in der Vermögenslage vor. Aber während zur Auslobungserklärung nur noch eine objektive Tatsache, die Vornahme einer Handlung, hinzuzukommen braucht, um ein Forderungsrecht entstehen zu lassen, ist zur Offerte noch eine Willenserklärung, und zwar von seiten eines andern, die Annahme, erforderlich, um eine Leistungspflicht zu begründen.

Der Charakter der Bedingung nun, mit deren Eintritt der Auslober zu leisten verpflichtet wird, ist nun allerdings ein besonderer. Ihn hat u. E. Hause (a. a. O. S. 41 ff.) richtig erklärt. Seine Ausführungen gehen dahin:

Da es eine gesetzliche Voraussetzung der Auslobung ist, daß die Verpflichtung von der Vornahme einer Handlung abhängig gemacht wird, so hat die Bedingung einerseits den Charakter einer condicio iuris, andererseits aber auch den einer wirklichen Bedingung. Also: der Inhalt der Bedingung ist gewillkürt, die Existenz der Bedingung zur gesetzlichen Voraussetzung gemacht. Weil die Bedingung aber auch den Charakter einer echten Bedingung hat, so müssen für sie auch die Vorschriften der §§ 158—162 BGB. Anwendung finden.

Dies dürfte richtig sein, nur glauben wir mit Kirchner (a. a. O. S. 43), daß § 162 dann nicht Platz greifen darf, wenn der Auslobende von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht.

Hause vergleicht übrigens die Sachlage mit derjenigen, welche entsteht, wenn nach § 2162 Abs. 2 BGB. ein Vermächtnis ausgesetzt ist, bei welchem der Bedachte erst durch ein nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt werden soll. So könne, sagt er, der Beschwerte demgegenüber verpflichtet sein, der eine gewisse Handlung vornimmt, und das Gesetz entscheide den Fall so, daß der Beschwerte vor der Vollbringung der Handlung nach Maßgabe der Vorschriften verpflichtet ist, „die für den Fall gelten, daß eine Leistung unter einer

aufschiebenden Bedingung geschuldet wird". Der Bedachte erwirbt einen Anspruch mit der Vornahme der Handlung.

Dieser Vergleich dürfte zutreffen und zugleich mit beweisen, daß die Auslobung in der Tat eine bedingte Verpflichtung begründet. Es steht eben nur noch nicht fest, wer die Bedingung erfüllt, die Persönlichkeit des Ausführenden ist also selbst mit in condicione, denn wer die Handlung vornimmt, erfüllt nicht nur die Bedingung, sondern macht sich gleichzeitig zum Subjekt der jener bedingten Verpflichtung korrespondierenden Berechtigung. Ein solches Subjekt stand eben der Verpflichtung bis dahin noch nicht gegenüber.

Das, was vorher existierte, jenen schwer definierbaren Zustand während der Schwebezeit, könnte man vielleicht, wenn es darauf ankäme, einen Namen dafür zu finden, als eine subjektlose Anwartschaft bezeichnen, eine Anwartschaft, die ihren Herrn, ihren Erwerber erwartet, die eben demjenigen zufällt, der die Bedingung erfüllt, und die sich mit dieser Erfüllung zugleich in ein positives Recht, in einen Anspruch verwandelt. Treffender und richtiger noch wäre aber vielleicht die Bezeichnung: objektive Gebundenheit.

Diese Gebundenheit des Auslobenden ist auch, wie leicht ersichtlich, derjenigen des Stifters vor erfolgter Genehmigung der Stiftung ähnlich.

Mit der Auslobungserklärung sind also bereits alle zur Erzeugung einer Obligation erforderlichen Willensäußerungen erfolgt, sie ist ein konstitutiver Akt, die causa debendi ist damit schon gegeben, das Rechtsgeschäft ist perfekt, nur die Wirkungen können sich erst äußern mit dem Eintritt eines objektiven Ereignisses, durch welches die gewissermaßen schon erzeugte, als nasciturus vorhandene Obligation geboren wird.

Anders bei der Offerte: sie erzeugt noch keine Obligation, auch nicht bedingterweise, sie ist nur eine Vorstufe der Erzeugung, das erste Stadium ihres Entwicklungsprozesses. Es liegt hier zwar, wie Siegel (a. a. O. S. 92) sagt, eine Gebundenheit vor, „im Wort zu bleiben", aber darunter ist eben noch kein bedingtes Leistenmüssen zu verstehen. Vielmehr bedeutet die im § 145 BGB. statuierte Gebundenheit des Antragenden eine Verpflichtung lediglich negativer Natur: er kann seine Offerte innerhalb bestimmter Zeit nicht widerrufen, darf über den Gegenstand derselben nicht anderweitig verfügen, überhaupt nichts tun, was dem Zustandekommen des Vertrags oder der Erfüllung

desselben hinderlich wäre. Die Feststellung dieses Unterschiedes ist auch von praktischer Bedeutung, und zwar deshalb, weil wir ihn bei der Auslegung zweifelhafter Auslobungserklärungen mit verwerten können. Wenn wir nämlich im konkreten Falle konstatieren können, daß der Promittent bei öffentlicher Bekanntmachung die Absicht gehabt hat, sich von vornherein gleich bedingt zu einer Leistung zu verpflichten oder daß er wenigstens auf eine Annahmeerklärung gar kein Gewicht gelegt hat, daß es ihm vielmehr schlechthin auf die faktische Erfüllung der Bedingung ankam, so werden wir daraus den Schluß ziehen bezw. ein sehr wichtiges Indizium dafür haben, daß es sich um Auslobung und nicht um eine bloße Offerte handelt.

Wenn wir nun außerdem bedenken, daß oft nach den Grundsätzen über Treu und Glauben im Verkehr zugunsten des Ausführenden Auslobung anzunehmen ist, desgleichen oft dann, wenn mehrere Vollbringer konkurrieren können, und wenn man erwägt, daß schon die Form der öffentlichen Bekanntmachung an und für sich — wegen des meist daraus ersichtlichen Zweckes — mehr für den Auslobungswillen spricht, so sind wir vielleicht befugt, den allgemeinen Grundsatz aufzustellen: in dubio ist zugunsten der Auslobung zu interpretieren, und es dürfte sich nur darum handeln, ob dieses Prinzip dann eine Ausnahme erleiden muß, wenn bei der Erklärung gerade eine Wettofferte in Betracht kommt, eine Frage, die sich im Verlaufe unsrer weitern Untersuchungen entscheiden wird.

§ 8.

Wir kommen nun zum wichtigsten Kapitel unseres Themas, zur Behandlung der Frage: gibt es eine „einseitige", „halbe" Wette bezw. eine „Popularwette", und wodurch unterscheidet sich die Offerte zu einer einseitigen Popularwette von der Auslobung bezw. gibt es Fälle, die beides zugleich darstellen, und nach welchen Gesichtspunkten wären sie zu entscheiden?

Es könnte wohl zweckmäßiger und logischer erscheinen, die erste dieser Fragen vor den übrigen zu behandeln. Wir wollen jedoch den andern, ebenfalls zum Ziel führenden Weg einschlagen, weil dieser, obgleich vielleicht ein Umweg, uns doch vor allem die Möglichkeit bietet, in genetischer Weise unsere Aufgabe zu lösen.

Wir wollen daher einstweilen die rechtliche Existenz der halben Wette, d. h. ihre Zugehörigkeit zum Begriff der Wette dahingestellt sein lassen oder sie vielmehr bis auf weiteres voraussetzen und die Frage nach dem Unterschied von einseitiger Wette und Auslobung und nach der Interpretation zweifelhafter Fälle zunächst zu erörtern suchen. Wir hoffen schon hierbei einige Gesichtspunkte zu gewinnen, welche uns die Richtung andeuten, in der wir weiter zu gehen haben, um zu einer sicheren Entscheidung zu gelangen.

Über die bei den erwähnten Fragen vorliegenden zweifelhaften Punkte werden wir uns aber am ehesten an der Hand instruktiver Beispiele Klarheit verschaffen. Betrachten wir zunächst folgende.

1. Der Ringkämpfer A veröffentlicht folgende Erklärung: „Ich fordere hiermit alle Athleten zum Ringkampf mit mir heraus und zahle jedem, der mich besiegt, 100 Mk."
2. Der Ringkämpfer B erklärt öffentlich: „Ich wette mit meinen Konkurrenten 100 Mk. gegen nichts, daß keiner mich zu werfen imstande ist. 1000 Mk. habe ich zu diesem Zweck bei der Direktion des Zirkus X, in dem die Ringkämpfe stattfinden werden, für die Sieger deponiert."

Prima facie scheint im ersten Fall Auslobung, im zweiten dagegen ein Wettangebot vorzuliegen. Aber auch im ersten Fall könnte man einen Antrag zur einseitigen Wette aus der Bekanntmachung herauslesen, scheint doch der Herausforderer ebenfalls seine Unbesiegbarkeit behaupten zu wollen, während man im zweiten Fall auch eine Auslobungserklärung finden könnte, weil doch de facto der Herausforderer den Siegern „Belohnungen" verspricht.

Wir haben also hier gewissermaßen zwei Vexierbilder vor uns: im ersten Fall ist der zunächst in die Augen springende Gegenstand, das, was man im Bilde zuerst erkennt, die Auslobung; der Gegenstand, den es außerdem darstellt oder darzustellen scheint, den man aber erst suchen und finden muß, der Antrag zur „halben" Wette. Umgekehrt ist es im zweiten Fall. Wie sind diese Fälle zu interpretieren und zu entscheiden?

Die sonstigen Umstände liegen in beiden folgendermaßen: Die Herausforderer haben die Absicht, sich nicht nur in ihrer Stärke resp. Überlegenheit öffentlich zu produzieren, sondern auch dadurch zu verdienen, und zwar ist letzteres ihr Hauptzweck. Die Herausforderung

geschieht in der ernsten Absicht, jedem Sieger auch wirklich 100 Mk. zu zahlen, obgleich sie natürlich wünschen und hoffen, daß sie von möglichst wenigen geworfen werden. Daß sie alle auftretenden Gegner besiegen werden, glauben sie aber selber nicht, im Gegenteil, sie befürchten sehr, daß sich auch einige überlegene melden werden. Über die rechtliche Natur ihrer Erklärungen und deren Rechtswirkungen haben sie nicht weiter nachgedacht, sie wünschten ja nur, daß mehrere Konkurrenten den Kampf mit ihnen aufnehmen sollten.

Jeder der Herausforderer wird nun von einem der Gegner besiegt. Die Sieger waren den Herausforderern ohne jede Erklärung einfach gegenübergetreten. Über den Inhalt und das Wesen der Herausforderungserklärung hatten sich die Sieger den Kopf ebensowenig zerbrochen wie die Herausforderer, jedenfalls hatten sie nicht grade beabsichtigt, Wetten abzuschließen. Sie hatten sich überhaupt nur gemeldet, um einmal ihre Stärke zu versuchen, während ihre Hoffnung auf Gewinn ziemlich schwach war. Sie hatten sich nämlich unterschätzt, und würden daher ihre Überlegenheit auch gar nicht behauptet haben, namentlich dann nicht, wenn es sich um das Angebot einer zweiseitigen Wette gehandelt hätte.

Wenn man also für die Wette den Zweck der Bekräftigung widerstreitender Behauptungen für erforderlich erachtet und deshalb doch wohl einen wirklichen Meinungskampf als notwendig voraussetzen muß, so kann man im ersten Fall bestimmt nur Auslobung konstatieren, im zweiten Fall aber ebenfalls keine Wette. Denn im ersten Falle hat faktisch weder der Herausforderer noch der Sieger seine Überlegenheit behauptet. Im zweiten Falle war auch tatsächlich kein Meinungsstreit vorhanden. B hat zwar durch sein anscheinendes Wettangebot seine absolute Überlegenheit behauptet, aber seine Behauptung entsprach nicht seiner wahren Überzeugung und war nur Mittel zum Zweck, er wünschte ja nur, daß Konkurrenten mit ihm überhaupt ringen sollten, während der Sieger nicht nur überhaupt nichts ausdrücklich erklärt hatte, sondern das Gegenteil jener Behauptung faktisch auch nicht behaupten wollte und zu behaupten sich gar nicht getraut hätte.

Hätte B wirklich über seine absolute Überlegenheit mit dem Gegner wetten wollen, so hätte er ja nicht nur gegen den Sieger, sondern gegen alle den Kampf mit ihm aufnehmenden Gegner die

Wette verloren, weil er eben nicht unbesiegbar war. In diesem Sinne hatte er aber ganz zweifellos seine Erklärung nicht verstehen wollen und es hat gewiß auch keiner der Herausgeforderten dieselbe so aufgefaßt. Die Absicht des B ging vielmehr zweifellos dahin, daß nur jeder, der den Herausforderer wirklich besiegte, die 100 Mk. verdienen sollte, also nur jeder Sieger im Ringkampf, nicht jeder Sieger im Meinungskampf — wenn ein solcher wirklich vorgelegen hätte. § 133 BGB. müßte hier event. unbedingt zugunsten des B Platz greifen.

Lag also unter all diesen Umständen nicht eine einwandfreie Auslobung vor, handelte es sich nicht um die Aussetzung einer Belohnung[1]) für die Vornahme einer Handlung und nicht um Wette, trotzdem B erklärte, er „wette" mit seinen Konkurrenten?

Auf Grund dieser Beispiele und der hieran geknüpften Erörterungen glauben wir schon jetzt — ohne daß wir denselben vorerst noch weitere Gründe hinzuzufügen brauchen — einstweilen soviel behaupten zu können: es ist möglich, daß eine wirkliche Auslobung in die äußere Form einer Offerte zu einer einseitigen „Popularwette" sich kleidet, so daß wir trotz des äußern Anscheins der letzteren event. in einem konkreten Falle eine wahre, echte Auslobung unbedenklich als vorliegend erachten können und müssen.

Folgendes Beispiel dürfte dies gleichfalls dartun und uns zu weiteren Schlußfolgerungen berechtigen.

Der Ingenieur A hat eine technische Aufgabe zu lösen, der er nicht gewachsen ist. Um nun schnell und auf die wohlfeilste Weise die Lösung zu erhalten, erklärt er — er weiß nämlich zufällig, daß Wetten nicht klagbar sind und hat vielleicht auch von einer „einseitigen" Wette etwas läuten gehört - in einer Fachzeitschrift: er wette 100 Mk. gegen nichts, daß diese Aufgabe nicht lösbar sei. Die 100 Mk.

[1]) Es bedarf wohl nur des Hinweises, nicht des ausführlichen Beweises, daß der Ausdruck „Belohnung" in § 657 BGB. im weitesten Sinne aufzufassen ist, daß es genügt, wenn dieselbe nur vom Standpunkte des Ausführenden aus betrachtet als „Belohnung" erscheint. Der Gesetzgeber würde wahrscheinlich einen umfassenderen Ausdruck gewählt haben, wenn es einen solchen gäbe. „Vergütung" wäre u. E. z. B. noch ungeeigneter. — Daß in den Ringkämpferfällen kein Spiel vorliegt, ist wohl auch ohne weiteres ersichtlich. Vgl. hierzu Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte 1897 S. 510 Anm. 1 und S. 514.

zahle er aber nur demjenigen aus, der ihm wirklich eine Lösung schriftlich vorlege.

Er erhält darauf von X die Lösung und nimmt zu seinem Vorteil davon Kenntnis, verweist aber den X, als dieser die 100 Mk. verlangt, auf § 762 BGB. Somit wäre es ihm gelungen, den X, der sich der schwierigen Arbeit unterzogen hat und dem A faktisch einen großen Dienst geleistet hat, „von Rechts wegen zu prellen", wenn wir die einseitige Wette als richtige Wette anerkennen und wenn wir hier eine solche vor uns haben.

Letzteres ist aber nur scheinbar der Fall, in Wirklichkeit müssen wir ebenfalls Auslobung konstatieren: de facto hat A demjenigen, der die Aufgabe lösen würde, 100 Mk versprochen durch öffentliche Bekanntmachung. An einem Streit lag ihm tatsächlich nichts, im Gegenteil, er wünschte sogar die Lösung und wußte jedenfalls auch, daß sie möglich sei, während andrerseits X die schriftliche Lösung lediglich mit der Erklärung übergab, daß er sich die 100 Mk. verdient habe, ohne sich mit A über die Lösbarkeit irgendwie gestritten zu haben.

Auslobung würde aber auch dann vorliegen, wenn A den § 762 BGB. nicht gekannt und daher keine betrügerische Absicht gehabt hätte, sondern die unwahre Behauptung und die scheinbare Wettofferte ebenfalls nur als Mittel zum Zweck, nämlich jemanden zur Lösung zu veranlassen, den er dann auch ernstlich zu bezahlen beabsichtigte, benutzt hätte.

Es wird sich fragen, ob wir nicht auch in dem Fall Auslobung annehmen müssen, wenn A wirklich die Aufgabe für unlösbar gehalten und zur Bekräftigung seiner Überzeugung, oder vielleicht auch, um sich völlige Gewißheit zu verschaffen, öffentlich einen „Antrag zur einseitigen Wette" gemacht und seine Erklärung für eine solche gehalten hätte, sofern er nur von vornherein sich dem, der die Aufgabe lösen würde, schlechthin verpflichten wollte.

Letzteres ist aber wohl nach den Schlußworten seiner Erklärung unbedenklich anzunehmen, wir wollen es wenigstens annehmen, und damit hat er doch faktisch auch in diesem Falle eine Belohnung aussetzen wollen und ausgesetzt für die Vornahme einer Handlung. Es kam ihm auch hier nur auf diese an, nur die Lösung, wenn es eine solche gäbe, würde ihn interessieren, lediglich einen Meinungsstreit

zu provozieren, das war schwerlich seine Absicht, während auch andrerseits X bei Überreichung der Lösung lediglich auf das Versprechen des A Bezug nahm.[1])

Jedenfalls dürften die bisherigen Fälle so viel beweisen, daß ein wirklicher, vorheriger Meinungsstreit, wie er für das Zustandekommen einer Wette notwendig erscheint, und der Zweck der Bekräftigung der Überzeugung bei anscheinenden öffentlichen Angeboten zur einseitigen Wette tatsächlich durchaus nicht immer vorhanden zu sein braucht, daß es mithin nicht richtig sein kann, in solchen Fällen einfach deshalb, weil äußerlich in der Erklärung eine Wettofferte enthalten zu sein scheint, die Auslobung zu verneinen. Man wird im Gegenteil immer scharf zusehen müssen, ob nicht eine wirkliche Auslobung in Form einer Wettofferte vorliegt, ob die letztere nicht bloß — einerlei, ob beabsichtigt oder unbeabsichtigt — eine Maske ist, unter der sich die Auslobung verbirgt. So wird die Sachlage aber regelmäßig dann sein, wenn den anscheinenden Wettgegenstand der Nachweis von irgend etwas oder die Möglichkeit der Vornahme einer Handlung bildet und in der Erklärung irgendwie noch mit zum Ausdruck gelangt oder aus den Umständen klar hervorgeht, daß nur dem Vollbringer der Handlung etwas geleistet werden soll, aber nicht etwa jedem, der lediglich mit der gegenteiligen Behauptung recht hat.

Hat sich auf diese Weise der Promittent von vornherein bedingt verpflichten wollen, so ist damit das einseitige Rechtsgeschäft der Auslobung bereits perfekt und es ist gänzlich irrelevant, wie der Ausführende die Erklärung aufgefaßt hat, ob er sie für eine Wettofferte hielt oder nicht, wenn er nur die Handlung tatsächlich vorgenommen, die Bedingung erfüllt hat. War also die öffentliche Erklärung Auslobung, so bleibt sie Auslobung, eine event. vermeintliche Wettannahmeerklärung kann hieran nichts ändern, nur ein Widerruf des Auslobers vermöchte das. Man darf also bei solchen zweideutigen Fällen nicht etwa fragen: stellt die Erklärung eine Auslobung oder eine Wettofferte dar? Sondern man muß zunächst nur fragen, liegt

[1]) Über diesen letzten Fall könnte man nach dem bisher Gesagten vielleicht noch im Zweifel sein. Unsere späteren Ausführungen werden aber die Richtigkeit des hier vertretenen Standpunktes zur Evidenz ergeben.

eine Auslobungserklärung vor oder nicht, d. h. kann die öffentliche Erklärung als Auslobung interpretiert werden und tritt nicht etwa der Mangel der Ernstlichkeit des Verpflichtungswillens offen zutage, findet man also in dem Vexierbild nur überhaupt, wenn auch nicht auf den ersten Blick, die Auslobung, dann ist eben letztere anzunehmen, mag sie auch äußerlich als Angebot einer halben Wette erscheinen.

Daß wir nach diesem Grundsatz verfahren müssen, dürfte auch folgendes Beispiel beweisen: „Wer die erste feindliche Fahne erobert, dem schenke ich 1000 Mk."

Hier wird es niemandem einfallen zu behaupten, das sei eine bloße Schenkungsofferte und keine Auslobung, sondern hier muß man analog den obigen Fällen sagen: das Schenkungsversprechen ist nur eine Form bezw. ein schlecht gewählter Ausdruck für die „Aussetzung einer Belohnung", letztere liegt tatsächlich vor, daher ist der Erklärende nach § 657 BGB. sofort bedingt verpflichtet. Die Auslobung kann also den Sinn und Zweck einer Art remuneratorischen Schenkung haben, sie ist aber nach dem Gesetz tatsächlich keine solche, auch wenn die Erklärung äußerlich als Schenkungsofferte erscheint, denn mit einer solchen und durch eine solche wird de facto „eine Belohnung ausgesetzt", und damit soll nach dem Willen des Gesetzes der Promittent schon bedingt zur Leistung verpflichtet sein. Auf die Art und Weise bezw. auf die Form der Aussetzung der Belohnung soll offenbar nichts ankommen, sondern das Gesetz will, daß in den Fällen, wo nach den Grundsätzen über Treu und Glauben im Verkehr die rein faktische Vornahme der Handlung als ausreichend, bezw. den Intentionen des Promittenten entsprechend zu betrachten ist, es eben nicht erst einer Annahme, eines Vertrags bedürfen soll, um eine Verpflichtung entstehen zu lassen.

Wir erinnern uns jetzt an unsern S. 26 aufgestellten Grundsatz — in dubio für die Auslobung — sowie an dessen dortige Begründung und können jetzt wohl hinzufügen, daß dieser Grundsatz auch gegenüber einer anscheinenden Offerte zur einseitigen Wette seine Gültigkeit behält. Man wird überdies oft den § 133 BGB. zugunsten dieses Grundsatzes heranziehen und sagen können: der Promittent hat sich trotz anscheinender Offerte tatsächlich gleich schlechthin zur Leistung bedingt verpflichten wollen, daher Auslobung. Es

fragt sich sogar, ob man nicht in letzter Linie die Konversionsregel des § 140 BGB., die für nichtige Rechtsgeschäfte gegeben ist, analog auf klaglose Geschäfte anwenden könnte. Doch wollen wir dies dahingestellt sein lassen.

In den Mot. Bd. 2 S. 643 heißt es nun freilich:

> „Es ist aber auch kein Bedürfnis vorhanden, für alle aleatorischen Verträge Fürsorge zu treffen. Es genügt, diejenigen Verträge auszuzeichnen, welchen, wie dem Spiel- und Wettvertrag, den Lotterie- und Ausspielvertrag, eine erhebliche praktische Bedeutung beiwohnt. Soweit andere Verträge die Verschleierung eines Spiel- oder Wettvertrages ergeben, wird in der Praxis nicht verkannt werden, daß sie trotz der Verschleierung den gleichen Grundsätzen unterliegen."

Diese Stelle der Motive könnte man vielleicht gegen unsere obigen Interpretationsergebnisse und -grundsätze ausspielen wollen. Dies wäre aber schon deshalb verfehlt, weil ein zweiseitiges Rechtsgeschäft durch ein einseitiges zufolge § 117 BGB. nicht verschleiert werden kann, es müßten denn beide Teile schon vor der Vornahme der einseitigen Vereinbarungen getroffen haben, welche darauf abzielten, durch dieses etwa einen Wettvertrag zu verdecken.

Damit sind wir schon in die Erörterung der Frage nach der Ernstlichkeit der Auslobungserklärung eingetreten. Wir wollen diese Frage gleich an gegenwärtiger Stelle vollends erledigen.

Von verschiedenen Schriftstellern[1]) ist die Ansicht geäußert worden, daß eine Auslobung dann nicht ernstlich gemeint sein könne, wenn der Auslobende an der Vornahme der Handlung kein Interesse habe oder sogar die Nichtvornahme wünschen müsse.

Daß diese Ansicht bedenklich ist, folgt schon daraus, daß man oft von vornherein nicht wissen kann, ob der Erklärende wirklich kein Interesse an der Ausführung hat, daß man wenigstens oft aus dem Inhalt der Erklärung und den erkennbaren Umständen nach dieser Richtung keine sicheren Schlüsse ziehen kann. Wird z. B. für den Nachweis von Fehlern eines Fabrikats etwas versprochen, so kann es zwar dem Auslobenden sehr unerwünscht sein, zu erfahren, daß seine

[1]) Z. B. Schütze a. a. O. S. 46; Dernburg, Das bürgerl. Recht Bd. I S. 477 Anm. 5.

Fabrikate nicht fehlerfrei sind, aber wenn schon Fehler vorhanden sind, so kann er doch ein großes Interesse daran haben, sie kennen zu lernen, um ihre Beseitigung zu veranlassen.

Unsere Ringkämpferbeispiele lehren uns ferner, daß auch mittelbar, indirekt, ein Interesse an der Vornahme der Handlung vorliegen kann. Selbst wenn aber auch der Auslobende wirklich am Nichtvollbringen ein Interesse hat, so ist damit allein der Mangel der Ernstlichkeit noch keineswegs ohne weiteres festgestellt, wie z. B. auch in der Erklärung Dasbachs.

Hierin stimmen wir auch mit den Motiven überein, in denen es Bd. 2 zu § 581 heißt:

> „Das Bürgerliche Gesetzbuch trifft, indem es als Zweck die Herstellung eines in der Bekanntmachung bezeichneten Werkes oder die Vollbringung einer sonst darin bezeichneten Handlung nennt, alle möglichen Fälle, ... durch die Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches sind auch solche Auslobungen nicht ausgeschlossen, bei welchen der Auslobende am Nichtvollbringen der Handlung, z. B. des Nachweises eines Fehlers, ein Interesse hat."

Hierbei ist zu bedenken, daß die Fassung des § 581 im ersten Entwurf keineswegs etwa weiter war als die Gesetz gewordene Fassung des § 589 des zweiten Entwurfs, so daß hier also die Motive mit Fug und Recht zur Auslegung herangezogen werden können. In dem eingangs (S. 1) unter 2. erwähnten Beispiel trägt die öffentliche Zusage in der marktschreierischen Anpreisung den Stempel der Nichternstlichkeit sozusagen an der Stirn, sie basiert offensichtlich auf dem Satz: mundus vult decipi, so daß hier die Voraussetzungen des § 118 BGB. ohne weiteres als vorliegend erachtet werden können, d. h. die Erklärung war in der Erwartung abgegeben, daß der Mangel der Ernstlichkeit nicht werde verkannt werden. Es liegt also eine von Schütze sogen. „Pseudoauslobung" [1]) vor. Nur wenn dies der Fall ist, kann natürlich der Mangel der Ernstlichkeit vom Promittenten geltend gemacht werden. Eine ganz bestimmte Regel läßt sich aber für solche Fälle nicht aufstellen, es ist quaestio facti, ob die Voraussetzungen des § 118 gegeben sind oder nicht.

[1]) a. a. O. S. 46.

Zutreffend erscheint uns aber, was Kuhlenbeck sagt:

„Nur so weit sind gewisse marktschreierische Auslobungen zum Zweck der sog. Reklame unverbindlich, als ihre Nichternstlichkeit für jeden Verständigen auf der Hand liegt."[1])

„Die Erwartung des Auslobenden, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, muß objektiv gerechtfertigt sein."[2])

§ 9.

Das Ergebnis der bisher betrachteten Fälle und unsere daran geknüpften Erörterungen dürften schon dazu angetan sein, ernstliche Bedenken in der Richtung zu erregen, ob überhaupt die einseitige sogen. „Popularwette" eine eigentliche Wette ist. Es dürfte schon jetzt als wahrscheinlich gelten, daß man eine solche Kategorie sehr wohl entbehren kann, ein triftiger Grund zu ihrer Anerkennung ist mindestens nicht zutage getreten, wohl aber hat sich gezeigt, daß man mitunter schon aus Billigkeitsgründen zu ihren Ungunsten interpretieren muß. Unsere bisherigen Erfahrungen sprechen jedenfalls gegen ihre Anerkennung. Unsere Bedenken werden sich aber wesentlich verstärken durch Untersuchungen, die wir an ein weiteres Beispiel knüpfen.

Es sei uns einmal gestattet — im Hinblick darauf, daß man das Skatspiel als allgemein bekannt voraussetzen darf — von einer nicht uninteressanten Aufgabe desselben auszugehen.[3])

In einer „Skatzeitung" erklärt der A: er wette 100 Mk. gegen nichts, daß es nicht möglich sei, die Skatkarten so zu verteilen, daß ein und derselbe Spieler — Vorhand, Mittelhand oder Hinterhand — mit ein und derselben Karte und bei auch sonst unveränderter Verteilung der Karten jedes der einzelnen Spiele, auch Null ouvert und Grand ouvert, riskieren könne und bei richtigem Spiel gewinnen müsse. Eine dahingehende Aufgabe sei unlösbar.

Die 10 Mitglieder eines Skatklubs bemühen sich daraufhin, die Aufgabe zu lösen, jedoch nur einer von ihnen, der B, findet eine

[1]) Kuhlenbeck, Das bürgerl. R. 2. Aufl. Bd. 1 vor § 657.

[2]) Derf., Von den Pand. z. BGB. 1898 Bd. 2 S. 339.

[3]) Der Zweck mag hier einmal ausnahmsweise das ungewöhnliche Mittel heiligen.

Lösung, die er indessen den andern nicht auseinandersetzt. Darauf gehen sie alle zu A und erklären ihm gleichzeitig, die Aufgabe sei lösbar, sie nähmen die Wette an, worauf B sogleich die Lösung dem A demonstriert.[1]) Derselbe erkennt sie als richtig an, erklärt aber, als jeder der 10 Gegner 100 Mk. verlangt, daß er selbstredend nur einmal 100 Mk. habe verlieren wollen.

Hier müssen wir Bezug nehmen auf das oben S. 17 ff. Ausgeführte, wonach eine richtige Offerte in solchen Fällen nicht vorliegen kann, wo nur ein Vertrag nach der Absicht des Promittenten zustande kommen soll, während tatsächlich durch Annahme mehrerer eine ganze Anzahl perfekt werden würde. Auch in der Erklärung des A kann daher eine richtige Offerte nicht vorliegen. Um eine bloße Aufforderung zur Stellung von Wettanträgen kann es sich aber auch nicht handeln, denn dann müßte er ja befugt gewesen sein, die 100 Mk. einem beliebigen von den 10 „Offerenten" zu geben, ja sogar sämtliche Anträge abzulehnen, was aber ganz zweifellos dem Willen beider Parteien nicht entspräche. A dachte nicht im entferntesten an eine Auswahl, mindestens nicht, bevor B ihm die Lösung vorgelegt hatte, noch weniger hielt er sich für befugt, alle event. Anträge abzulehnen.

Übrigens würde man in solchen Fällen, in denen — wie in unserem Beispiel betr. den Ingenieur — ausdrücklich gesagt ist, daß nur derjenige die Wette gewinnen soll, der den Beweis schriftlich vorlegt, wenn man nur eine Einladung zu Vertragsanträgen in der Erklärung erblicken wollte, oft zu der Absurdität gelangen, daß der Wettvertrag erst perfekt würde, nachdem vom Offerenten bereits der Beweis für seine Gegenbehauptung geliefert wäre!

Eine eigentliche „Popularwette", die auf Grund einer wirklichen Offerte ad incertam personam zustande käme, wäre mithin nur denkbar unter zwei Voraussetzungen, nämlich: es müßte sich entweder 1. wirklich sozusagen um eine Generalofferte handeln, d. h. in der einen Erklärung müßte eine unbestimmte Anzahl von Offerten enthalten sein, so daß der Erklärende es auf den Abschluß einer unbe-

[1]) Die bei dem Gegensatz zwischen Null ouvert und Grand ouvert anscheinend unlösbare Aufgabe ist übrigens nicht etwa ein Scherz. Verfasser wäre selbst imstande, 1296 Lösungen — ist eine gefunden, so ist die Feststellung der übrigen nur eine Aufgabe der Permutations-, Variations- und Kombinationsrechnung — nachzuweisen.

schränkten Anzahl von Verträgen abgesehen hätte, mithin xmal gewinnen oder xmal verlieren wollte; oder aber 2. der Offerent müßte, falls er nur einen Vertrag oder eine beschränkte Anzahl von Verträgen eingehen will, eben den Inhalt der Offerte derart gestalten, daß nur einer oder die bestimmte beschränkte Anzahl akzeptieren könnte.[1])

Regelmäßig wird aber natürlich keine von diesen beiden Voraussetzungen vorliegen. Es hätte also auch aus diesem Grunde bei unserem Beispiel betr. den Ingenieur — und zwar in allen der drei dort angenommenen Eventualitäten — keine Wettofferte vorliegen können, weil auch dort selbstverständlich nur einer die 100 Mk. erhalten sollte, während mehrere hätten akzeptieren können.

Naturgemäß erfolgt übrigens eine Wettofferte erst dann, nachdem die beiderseitigen gegenteiligen Behauptungen aufgestellt worden sind. Deshalb könnte man auch sagen: ein Angebot, wie wir es in den bisherigen Beispielen vor uns haben, kann eigentlich gar nicht schon als Wettofferte, sondern zunächst nur als Herausforderung zum Streit in Betracht kommen, und erst wenn dieser in die Erscheinung getreten ist, kann das Angebot angenommen werden. Allein es ließe sich immerhin sagen, daß in der einfachen aber ausdrücklichen Akzepterklärung, etwa in der Form: „Ich halte die Wette", zugleich mit die Behauptung des Gegenteils enthalten wäre und sein sollte. Notwendig wäre es vielleicht nur, daß das Angebot bezw. die obwaltenden Umstände derart gestaltet sind, daß, wenn nur die einfache Akzepterklärung hinzukommt, dann aus dem ganzen Tatbestand die gegenteiligen Behauptungen mit Sicherheit gewissermaßen herausdestilliert werden könnten, daß aus allem eine bestimmte klare Formulierung, namentlich auch mit den konkreten Beziehungen auf die Parteien, herausinterpretiert werden kann.

Aber auch hinsichtlich dieser konkreten Beziehungen kann man beim Versuch einer Formulierung schon auf Schwierigkeiten stoßen, die man beim ersten Blick ganz übersieht. So würde z. B. die Er-

[1]) Wir stimmen also hier mit Zschimmer a. a. O. S. 68 überein, wenn er sagt: „Eine bindende vollständige Offerte ans Publikum muß, soll die Offerte nur von einem einzigen nach Absicht des Offerenten angenommen werden, eine derartige Annahmehandlung aufstellen, die auch nur ein einziger in demselben Augenblick ausführen kann."

klärung unseres Ringkämpfers B kein richtiges Wettangebot — wenn sie überhaupt ein solches wäre — sein, weil er sich ganz allgemein für unbesiegbar erklärt hatte, er hätte ja sonst eigentlich alle Wetten verloren, wenn er nur von einem besiegt war. Seine Erklärung — scheinbar eine Generalofferte — hätte also, wenn er lediglich gegen die einzelnen Sieger die Wette verlieren wollte, korrekt so lauten müssen: „Ich wette mit jedem einzelnen, daß er mich nicht besiegen kann." Auf diese Weise wären dann x Wetten, aber — und das ist bemerkenswert; wir werden auf diesen Punkt an späterer Stelle (S. 44 unten) näher eingehen müssen — jede von einem andern konkreten Inhalt zustande gekommen!

Aus unsern bisherigen Untersuchungen wird man jedenfalls den Schluß ziehen können, daß eine wirkliche Popularwettofferte, wenigstens eine einseitige, so leicht nicht als vorhanden wird betrachtet werden dürfen, daß vielmehr regelmäßig die Voraussetzungen des § 657 in den betreffenden Erklärungen vorliegen werden. Jedenfalls steht für uns nunmehr schon so viel fest, daß die Erklärung Dasbachs keinesfalls eine Wettofferte darstellt. Durch unsere Erklärungen in diesem Paragraph dürfte außerdem die Richtigkeit unserer im vorigen Paragraph aufgestellten Interpretationsregeln — falls dieselben irgendwie bedenklich erschienen wären — vollends dargetan sein.

§ 10.

Wir schreiten nunmehr zur Behandlung der Frage: „gibt es überhaupt eine ‚einseitige', ‚halbe' Wette, d. h. ist das, was man darunter versteht, eine wirkliche Wette, die den Bestimmungen des § 762 BGB. unterliegt?" Um diese Frage zu beantworten, müssen wir den Begriff „Wette" überhaupt noch näher erörtern, indem wir einzelne Merkmale desselben und deren Beziehungen zur Auslobung genauer festzustellen suchen, und hier fragt es sich zunächst: ist der Zweck, das Motiv, nämlich seine gegenteilige Behauptung zu bekräftigen, wirklich ein notwendiges Merkmal der Wette?

Man wird wohl nicht umhin können zu sagen: eine Meinungsdifferenz muß vorliegen, sie ist die conditio sine qua non für das Zustandekommen eines Wettvertrages, ohne einen Meinungskampf und ohne die Absicht, seine Überzeugung zu dokumentieren, läßt sich ein

Wettvertrag nicht denken, und zwar darf es sich nicht um einen scheinbaren, fingierten Streit handeln — sonst wäre, nämlich im Falle der Gegenseitigkeit des Versprechens, Spiel anzunehmen — sondern um einen ernstlichen. Die Absicht der Parteien — bezw. der einen Partei — ihrer gegenteiligen Meinung Nachdruck zu verleihen, muß klar zutage liegen.

Der eigentliche Sinn und Zweck des Wettversprechens ist wohl zweifellos darin zu erblicken, daß sich der Promittent gewissermaßen für den Fall, daß er mit seiner Meinung *unrecht* hat, eine *Strafe*, also eine „Irrtumsstrafe" auferlegt.

Liegt dieser Zweck nicht vor, dann ist das Vorhandensein einer Wette zu verneinen. Wir müssen ihn als notwendiges Begriffsmerkmal derselben betrachten,[1]) mindestens werden wir dasselbe nicht entbehren können, um Spiel und Wette voneinander zu unterscheiden. Wir wollen auf alle Fälle an der Richtigkeit der herrschenden Meinung nicht rütteln. Folgt nun aber daraus, daß bei einem bedingten, zum Zweck der Bekräftigung einer Behauptung abgegebenen Versprechen immer ohne weiteres schon Wette vorliegen muß? Diese Frage ist u. E. entschieden zu verneinen: wenn ich meiner Überzeugung Ausdruck verleihen will durch Versprechen einer Irrtumsstrafe, so ist es durchaus nicht unbedingt nötig, daß ich zum Rechtsgeschäft der Wette greife. Um diesen Zweck zu erreichen, gibt es auch andere Mittel und Wege: ich kann mich zur Strafe verpflichten — ob rechtsgültig oder nicht, tut nichts zur Sache — auch ein *anderes* Rechtsgeschäft einzugehen, oder zur Bekräftigung meiner Überzeugung ein solches unmittelbar abschließen, z. B. ein bedingtes Schenkungsversprechen — „wenn ich unrecht habe mit meiner Ansicht, so schenke ich dir 100 Mk." — oder: ein einseitiges Versprechen zugunsten eines Dritten — „wenn ich unrecht habe, verpflichte ich mich, an die Armenkasse 100 Mk. zu zahlen" — oder: die Auslobung — „wer mir nachweist usw., dem zahle ich 100 Mk." Es könnte sich aus jenem Grunde auch jemand verpflichten, einen Gegenstand, der für ihn einen hohen Affektionswert hat, zu einem dem gewöhnlichen Wert ent-

[1]) So jedenfalls auch Entsch. d. RG. in Strafs. Bd. 6 S. 175, 425. A. M. dagegen *Mengel*, Spiel und Wette, Dissert. 1902, S. 22 f. und *Stenglein*, Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft 1883 Bd. 3 S. 138.

sprechenden Preise zu verkaufen, und lassen sich nicht auch sonst noch fast unzählige Mittel denken, um den erwähnten Zweck zu erreichen? Könnte es nicht sogar jemandem einfallen, das amerikanische Duell zu wählen oder sich für den Fall des Unrechthabens allein zum Selbstmord zu verpflichten — also gewissermaßen ein „halbes", „einseitiges" amerikanisches Duell!! — und kann nicht jemand sagen: „wenn ich unrecht habe" oder, „wenn das und das so und so ist, dann will ich Matz heißen", oder „dann stelle ich mich auf den Kopf", oder: „dann hänge ich mich verkehrt auf"? Macht also die Bekräftigung einer Meinung jedes Rechtsgeschäft oder jede Erklärung zur Wette?!

Von den vier zuerst genannten Möglichkeiten — Wette, bedingte Schenkung, einseitiger Vertrag zugunsten eines Dritten und Auslobung — ist jedenfalls die letztere die nachdrücklichste, einerseits, weil der Promittent der Öffentlichkeit gegenüber seine Meinung vertritt, wozu er ja im konkreten Fall besondern Grund haben kann und in der Regel haben wird, und vor allem auch deswegen, weil der Promittent sich dadurch sofort — wenn auch nur bedingt — und zwar in klagbarer Weise verpflichtet.

Welchen Weg er aber einschlagen will, das muß doch natürlich in erster Linie ihm selber überlassen bleiben, namentlich dann, wenn ihm sozusagen an einer „Streitverkündung" gegenüber einem einzelnen gar nichts liegt, wenn er einen bestimmten einzelnen gar nicht provozieren, sondern seine Überzeugung öffentlich, der Allgemeinheit gegenüber dokumentieren will.

Wenn demnach der Wille, grade zu wetten, nicht mit Bestimmtheit festzustellen ist, dann sind wir nicht befugt, die Erklärung, die sich z. B. äußerlich als Auslobung kennzeichnet, als Wette zu interpretieren resp. die Wettabsicht zu präsumieren.

Der mehrerwähnte Zweck ist also zwar die notwendige Voraussetzung für das Zustandekommen eines Wettvertrags und daher ein Indizium dafür, daß es sich um einen solchen handelt, aber in concreto kein sicherer Beweis hiefür, weil eben dieses Motiv, das bei der Wette vorliegen muß, bei anderen Rechtsgeschäften auch vorliegen kann.

Man wird aber vor allem auch fragen müssen: ist es denn überhaupt nötig, daß ein wirklicher, zunftgemäßer Meinungsstreit in die Erscheinung tritt oder getreten ist, wenn jemand seine Überzeugung

irgendwie vertritt? Kann das nicht auch aus anderen Anlässen geschehen oder vielleicht gar aus freien Stücken? Hat nicht z. B. Dasbach bereits durch seine Auslobung seine Überzeugung tatsächlich bekräftigt, seine Absicht also schon ausgeführt und seinen Zweck schon — im wesentlichen wenigstens — erreicht, ehe überhaupt von einem Meinungsstreit zwischen ihm und dem Grafen Hoensbroech hätte die Rede sein können? Ist es aber zulässig, hinterher erst noch einen persönlichen Meinungsstreit zu supponieren, um daraufhin eine Wette konstruieren zu können, zu deren Abschluß weder Wille noch Anlaß vorlag?

Dasbach hatte eine Belohnung ausgesetzt für eine Beweislieferung, und damit war jedenfalls das einseitige Rechtsgeschäft perfekt. Was hinterher noch geschah oder geschehen konnte, vermag diese Tatsache nicht umzustoßen — auch nicht die Verhandlungen der Parteien darüber, in welchem Sinn der Satz: der Zweck heiligt die Mittel, verstanden werden solle — nur ein rechtzeitig erfolgter Widerruf hätte daran etwas ändern können.

Dies alles möchten wir den folgenden Ausführungen Hamms (a. a. O. S. 393) entgegensetzen, durch die er das zweitinstanzliche Urteil im Prozeß Hoensbroech-Dasbach angreift:

> „Ob die Parteien erklären, daß sie nicht wetten wollten ist nicht maßgebend, sondern ob es sich nach dem Verpflichtungsgrund um eine Wette handelte."

So einfach werden wir uns doch über den ausdrücklich erklärten Willen der Parteien nicht hinwegsetzen dürfen!

Betrachten wir nunmehr den Begriff Wette noch von einer anderen Seite. Wenn 2 Personen eine Wette abschließen, so bestimmen sie regelmäßig nichts darüber, wie es mit dem Beweis ihrer gegenteiligen Behauptungen gehalten werden soll. Es bleibt also jedem überlassen, seine Behauptung als richtig, bezw. diejenige des Gegners als falsch darzutun. Gewöhnlich werden sich beide Parteien gemeinschaftlich bemühen, das objektiv Richtige festzustellen, bezw. sie werden, wenn es sich um ein zukünftiges Ereignis handelt, eben dessen Ausgang abwarten. Es ist also sozusagen die Unbestimmtheit hinsichtlich der Beweisführung ein naturale negotii bei der Wette. So ist es wenigstens dann, wenn die Parteien über eine objektive Tatsache oder über ein

objektives zukünftiges Ereignis streiten, und nicht darüber, ob die eine Partei imstande ist, eine Handlung vorzunehmen.

In der üblichen Definition gelangt dies dadurch zum Ausdruck, daß es heißt: „dessen Behauptung sich als unrichtig erweist". Wird nun aber bei einem Streit über eine objektive Tatsache oder über den Ausgang eines objektiven Ereignisses als besondere Bedingung vereinbart, daß die eine Partei den Beweis liefern muß, wenn sie gewinnen will oder soll, so bedeutet dies, daß ein jenes naturale abänderndes accidentale negotii zu einem gewillkürten essentiale gemacht worden ist. Hierdurch aber wird der Charakter der Wette mindestens schon stark verändert. Denn jetzt handelt es sich weniger darum, wer objektiv recht hat, als vielmehr darum, ob die eine Partei faktisch den Beweis dafür erbringt, daß sie recht bezw. der Gegner unrecht hat. Daß dies etwas ganz anderes ist, ergibt sich schon aus Folgendem.

Die beiderseitigen Behauptungen der Parteien können in einem diametralen oder kontradiktorischen Gegensatz stehen. Im letzteren Fall muß eine Partei verlieren, und die andere gewinnen. A behauptet z. B. die Tatsache X, und B die Tatsache Nicht-X. Nur eines von beiden kann richtig sein. Im ersteren Fall dagegen behauptet A die Tatsache X und B die Tatsache Y, wobei es denkbar und möglich ist, daß beides falsch und vielleicht Z das Richtige ist, in welchem Fall keine Partei gewonnen oder verloren hat. Ebenso wäre es, wenn überhaupt keinerlei Beweis erbracht würde oder erbracht werden könnte.

Soll aber bei einem diametralen Gegensatz die eine Partei den Beweis liefern, z. B. B den Beweis dafür, daß Y richtig oder X falsch ist, so verliert er seine Wette, wenn Z das objektiv Richtige ist, also in Wirklichkeit keiner recht hatte. Ebenso verliert B, oder müßte er verlieren, dann — und zwar sowohl bei einem kontradiktorischen als bei einem diametralen Gegensatz — wenn er rein faktisch aus irgend welchen äußeren Gründen nicht beweist, obgleich er vielleicht recht hat, oder obgleich Z das Richtige ist.

Ausschlaggebend ist eben unter solchen Umständen nicht die Frage, wer recht hat, sondern in Wirklichkeit die Frage, ob der Probant tatsächlich eine Handlung vornimmt, nämlich den Beweis liefert, d. h. das Wesentliche bei einem solchen Rechtsgeschäft ist die Er-

füllung einer Art Potestativbedingung. Es fragt sich, ob man dann überhaupt noch von einer Wette reden kann, wenn es sich darum handelt, ob jemand etwas tun wird, während die Frage, ob eine Behauptung richtig oder falsch ist, in den Hintergrund tritt.

Wird nun aber vollends öffentlich schlechthin eine Belohnung ausgesetzt, dafür, daß der Beweis für irgend etwas erbracht wird, dann ist jedenfalls die Frage, ob dies jemand tun wird, das einzig Wesentliche. Diese steht dann allein im Vordergrund, nur sie ist zu betonen, ihr gegenüber ist das Motiv, die Bekräftigung der Überzeugung, daß etwas nicht der Fall ist oder nicht geschehen kann, für das Rechtsgeschäft ganz belanglos, es kann nur für die Frage der Ernstlichkeit des Versprechens in Betracht kommen und wird in manchen Fällen — denken wir nur z. B. an die Erklärung des Ingenieurs A, S. 29 ff. oben — nicht einmal oder doch nicht sicher erkennbar sein. Ein solcher Tatbestand hat jedenfalls mit der Wette nur dieses Motiv gemein, aber auch hierin unterscheiden sich beide noch wesentlich: bei jenem will der Promittent seine Überzeugung dem Publikum, der Allgemeinheit gegenüber vertreten, nicht aber einem bestimmten Gegner oder einem beliebig Einzelnen gegenüber, mit dem er sich gestritten hätte oder streiten wollte, während es auf der anderen Seite auch völlig gleichgültig ist, ob der Ausführende streiten will oder nicht, bezw. aus welchen Motiven er sich die Belohnung verdienen will. Jedenfalls braucht es kein persönlicher Meinungsstreit zu sein, der die Parteien hierbei zusammenführt, die Verschiedenheit ihrer Ansichten ist Nebensache, ihr Hauptinteresse konzentriert sich auf die Vornahme einer Handlung als Erfüllung einer Bedingung. Damit haben wir aber doch faktisch den Boden der Wette ganz und gar unter den Füßen verloren, damit sind wir auf ein anderes Gebiet übergetreten.

Man könnte uns freilich einwenden: wenn bei einer Wette einer Partei der Beweis obliegt, so bildet eben grade die Frage, ob diese Partei beweisen kann oder nicht, den Streitpunkt. Das mag allerdings mitunter der Fall sein, wenn es sich von vornherein um einen wirklichen Streit inter certas personas handelt. Aber in den in Frage kommenden Auslobungsfällen bildet das Motiv für den Promittenten die Bekräftigung der allgemeinen, abstrakten Behauptung, daß etwas objektiv sich so und nicht anders verhält,

nicht aber die Behauptung, daß irgend eine bestimmte Person das Gegenteil nicht beweisen wird.

Das wäre nur eine Schlußfolgerung aus seiner generellen Behauptung, auf deren Bekräftigung es ihm allein ankommt. Während er also schlechthin sein Versprechen von der Potestativbedingung — oder potestativähnlichen Bedingung — abhängig macht, daß jemand faktisch das Gegenteil beweist, geht seine Behauptung ganz allgemein dahin: die Tatsache X ist richtig, das Gegenteil kann überhaupt nicht bewiesen werden.

Dieser Gegensatz ist aber von wesentlicher praktischer Bedeutung. Denn da der Promittent nur an denjenigen leisten will, der den Beweis liefert, so müßte man — wollte man darin einen Wettantrag erblicken — annehmen, daß mit jedem Akzeptanten ein Wettvertrag andern Inhalts resp. über eine andere Behauptung zustande käme, nämlich dahin, daß gerade dieser Akzeptant persönlich beweisen oder nicht beweisen könne resp. werde, so daß mithin das Resultat der „Wetten" für die verschiedenen „Akzeptanten" ganz verschieden ausfallen könnte, obwohl der Promittent nur ein und dieselbe allgemeine Behauptung aufgestellt hat![1])

Dem Auslobenden ist es aber in Wirklichkeit eben einzig um die Bekräftigung der allgemeinen Behauptung zu tun, und zwar dem Publikum gegenüber. Diesen Zweck erreicht er jedoch regelmäßig nicht dadurch, daß er mit einer bestimmten Person eine Wette abschließt oder sich erst mit ihr streitet. Deshalb will er eben gar nicht wetten, sondern ausloben, und es ist nicht einzusehen, weshalb dies nicht angängig sein sollte, und warum wir uns mit seinem Willen durch Annahme eines Wettvertrages in Widerspruch setzen wollen.

Bei der Wette bildet also den Ausgangs- und Schwerpunkt ein persönlicher Streit. Er ist das Primäre, dessen Austrag durch Wettabschluß das Sekundäre, ebenso ist sekundär die Beweisauferlegung bei der Wette, sofern dieselbe überhaupt zum essentiale negotii gemacht ist.

Beim Rechtsgeschäft der Auslobung zum Zweck der Bekräftigung einer Behauptung bildet aber den Schwerpunkt von vornherein

---

[1]) vgl. S. 38.

der Beweis als solcher, während ein persönlicher Streit gar nicht zu entstehen braucht, im übrigen aber, wenn er wirklich entsteht, tatsächlich erst nachfolgen kann. Es handelt sich also höchstens sozusagen um einen post festum-Streit, der aber gewöhnlich etwas anderes zum Gegenstand haben wird, nämlich die Frage: ob der Beweis gelungen ist oder nicht!

Will sich daher der Promittent dem Beweisführer für die Beweislieferung durch öffentliche Erklärung schlechthin bedingt verpflichten, so darf uns der Gebrauch des Ausdrucks „ich wette" nicht irritieren. Derselbe bedeutet dann eben nur einen Irrtum über die juristische Charakterisierung desjenigen Rechtsgeschäfts, das er vornehmen will: faktisch will er öffentlich eine „Belohnung" aussetzen für die Beweislieferung, also ausloben. Weil aber seiner Absicht das Motiv, seine Überzeugung zu bekräftigen, zugrunde liegt, so entsteht bei ihm die irrige Vorstellung einer Wette, und deshalb erklärt er „ich wette" usw., während er korrekt hätte sagen müssen: „wer mir das und das beweist, dem zahle ich" usw.

Wir werden daher in unserem Beispiel betr. die Skataufgabe die Erklärung des A — nachdem wir früher schon nachgewiesen, daß weder ein Wettangebot noch eine Aufforderung zur Abgabe von Wettofferten vorliegen kann — ebenfalls als Auslobung betrachten müssen, wir tragen wenigstens kein Bedenken, auch hier diese Konsequenz zu ziehen, anstatt etwa jene Erklärung als rechtlich irrelevant anzusehen. Denn man kann es als sicher annehmen, daß A sich verpflichten wollte nur demjenigen, der ihm den Beweis des Gegenteils lieferte. Es liegt wohl auf der Hand, daß er mit den übrigen 9 Mitgliedern des Skatklubs, die keine Lösung vorlegen konnten, überhaupt nichts hätte zu tun haben wollen, die bloße Behauptung des Gegenteils interessierte ihn schwerlich, er wollte offenbar die Lösung sehen und nur dem, der sie ihm vorlegte, die 100 Mk. zahlen. Also der Schwerpunkt sollte zweifellos nach der Absicht des Promittenten auch hier in der Vornahme einer Handlung liegen, nicht in der bloßen richtigen Behauptung des Gegenteils, und es kann wohl unbedenklich angenommen werden, daß sich der A nur in der Art und Weise, seinen Rechtsgeschäftswillen zum Ausdruck zu bringen, vergriffen hat; welcher Art dieser Wille war, kann keinem Zweifel unterliegen, § 133 BGB. muß hier Anwendung finden. Dabei ist es sehr wohl denkbar, sogar wahr-

scheinlich, daß A die sog. einseitige Wette nur mehr als Mittel zum Zweck benutzt hat, weil er nämlich vielleicht die Lösung selbst vergeblich versucht hatte und sich nun über die Lösbarkeit Gewißheit verschaffen und die event. Lösung selbst kennen lernen wollte.

Überdies läßt sich sagen: wenn ich als Promittent öffentlich eine „einseitige Wette" anbiete, so setze ich doch eben faktisch eine Belohnung aus[1]) für die Vornahme einer Handlung, vorausgesetzt nämlich, daß es ausdrückliche oder stillschweigende — nach den Umständen als selbstverständlich zu betrachtende — Bedingung dabei ist, daß der Gegner den Beweis für das Gegenteil liefert.

Jedenfalls ergibt sich aus diesen an die Frage nach den Wirkungen der Beweislast geknüpften Erwägungen wiederum, daß es mit der einseitigen Popularwette doch eine sehr bedenkliche Sache ist. Wir kommen nunmehr auf Grund aller unserer bisherigen Untersuchungen schon fast mit völliger Sicherheit zu dem Ergebnis, daß die einseitige Popularwette als solche gar keine eigentliche Realität, sozusagen kein Wesen von Fleisch und Blut ist, vielmehr ein wesenloser Schatten oder eine Maske, unter der sich eben etwas anderes verbirgt. Es wird sich aber auch fragen, ob die einseitige Wette überhaupt, also auch die von vornherein inter certas personas zustande gekommene, eine eigene Realität besitzt, was aber nach unsern bisherigen Feststellungen wohl auch schon einigermaßen unwahrscheinlich sein dürfte.

Köttgen (a. a. O. S. 380 f.), der die einseitige Wette und das erstinstanzliche Urteil im Prozeß Hoensbroech-Dasbach neben Kohler am eifrigsten verteidigt, führt nun folgendes aus:

> „Es ist zuzugeben, daß im gemeinen Recht die herrschende Meinung der geschichtlichen Entwicklung des Wettbegriffs folgend an dem Erfordernis des beiderseitigen Einsatzes festgehalten hat .... Daß das Bürgerliche Gesetzbuch den Begriff des Wettvertrags, wie er sich gemeinschaftlich herausgebildet hat, übernommen hat, steht nicht ohne weiteres fest. Die Motive wollten die Definition der Wissenschaft überlassen. Es ist aber nicht anzuerkennen, daß das Erfordernis des gegenseitigen Einsatzes für das Wettgeschäft begriffsnotwendig ist. Richtig

[1]) vgl. hierzu auch S. 31 f. o.

ist, daß den Gegenstand der Wette ein Streit über die Wahrheit einer Behauptung bildet. Ein solcher Streit liegt bei der einseitigen Wette vor. Das Wesentliche der Wette wird jedoch in der Abhängigkeit des Leistungsversprechens von der Bewährung oder Nichtbewährung der Behauptung des Versprechenden zu erblicken sein. Eine solche Abhängigkeit des Leistungsversprechens von der Bewährung der Behauptung liegt aber ebensowohl bei einem Leistungsversprechen einer Partei wie bei einem beiderseitigen Leistungsversprechen vor. Ob nur eine Partei oder ob beide Parteien für den Fall der Unrichtigkeit ihrer Behauptungen etwas versprechen, begründet einen Unterschied in der Zahl, nicht aber in dem rechtlichen Charakter des Leistungsversprechens."

Demgegenüber dürften uns aber demnach das Bürgerliche Gesetzbuch und die Motive wichtige Anhaltspunkte liefern in der Richtung der Frage, ob ein beiderseitiges Versprechen einer Irrtumsstrafe zum Wettbegriff notwendig gehört oder nicht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt Spiel und Wette einander vollkommen gleich und noch dazu in einer und derselben gesetzlichen Vorschrift in einem und demselben Satze, und behandelt unter demselben Titel und nach denselben Grundsätzen den nicht genehmigten Lotterie- und Ausspielvertrag sowie das Differenzgeschäft. Eine derartige Gleichbehandlung dürfte nicht ohne triftigen inneren Grund erfolgt sein, und in der Tat halten es die Motive (Bd. 2 S. 643 f.) grundsätzlich für angebracht, alle Verträge aleatorischen Charakters wegen ihres gemeinsamen Kennzeichens gleichen Vorschriften zu unterwerfen. Das Gesetz sieht aber — so heißt es weiter — von der praktischen Durchführung dieses Grundsatzes durch Aufstellung allgemeiner Rechtsbestimmungen für sie ab. Es will nur die genannten als die wichtigsten herausgreifen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bezw. die Motive betrachten also diese 4 Verträge als gleichartig, nämlich als aleatorische, und wegen dieses ihres Charakters werden sie gleichen Grundsätzen unterworfen. Es soll nun zwar nicht in Abrede gestellt werden, daß alle diese Verträge die Eigenschaft der „Unwirtschaftlichkeit", des „mangelnden Wirtschaftsernstes" besitzen und daß dieser Umstand wahrscheinlich auch ein Grund für ihre Klaglosigkeit mit gewesen ist. Der einzige Grund,

allein ausschlagend kann aber diese Eigenschaft der Unwirtschaftlichkeit nach den Motiven nicht gewesen sein, vielmehr hat ihr aleatorischer Charakter mindestens dieselbe Bedeutung gehabt, auf diesen scheinen die Motive sogar das Hauptgewicht zu legen und vielleicht mit Recht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat demnach gewissermaßen, wie Elster[1]) zutreffend bemerkt, das **genus** Spielvertrag zu schaffen unternommen, unrichtig ist es aber, wenn Elster alles auf die bloße „Unwirtschaftlichkeit" ankommen lassen will.

Die Wette des Bürgerlichen Gesetzbuches ist also ein „aleatorischer" Vertrag. Das kann aber nur heißen: ein Vertrag auch mit Gewinnchancen, nicht nur mit Verlustchancen für dieselbe Partei. Dies folgt aus dem römischen Begriff alea = Würfelspiel, Hazardspiel oder vom Zufall abhängender Gewinn, daher auch die Redensart: aleam emere, z. B. l. 8 § 1 D. 18, 1; l. 7. D. 18, 4.[2])[3])

Also die Gewinnchance muß neben dem gleichzeitigen Risiko für dieselbe Partei als ein wesentliches Merkmal der Wette des Bürgerlichen Gesetzbuches betrachtet werden. Da dieses Merkmal aber natürlich nur die zweiseitige aufweist, so kann die „einseitige", „halbe" Wette nicht als Wette im Sinne des § 762 BGB. angesehen werden.

Aus dem Gesagten ergibt sich auf alle Fälle, daß der Gesetzgeber nicht daran gedacht hat, das Erfordernis des gegenseitigen Einsatzes für die Wette aufzugeben. Solange aber nicht bewiesen ist, daß er dies hat tun wollen — und ein solcher Beweis ist gewiß ausgeschlossen — muß es doch wohl beim Alten bleiben!

§ 11.

Nun sagt freilich Hamm (a. a. O. S. 393):

> „Wenn die eigentliche Wette, bei welcher beide Parteien gegeneinander wetten, jeder dem andern für den Fall, daß dessen Meinung sich als richtig erweist, einen Vermögensvorteil verspricht, vom Gesetz wegen des aleatorischen Charakters

[1]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 35.

[2]) Heumann, Handlexikon zu den Quellen d. röm. Rechts. 8. Aufl. S. 26.

[3]) Nach Kohler, Lehrb. Bd. 2 S. 309 gibt es allerdings auch Spiele mit nur einseitiger Gefahr!

für nicht klagbar erklärt ist, so muß das erst recht von einem einseitigen Versprechen derart gelten, bei welcher der Verlustchance des Wettenden nicht einmal eine Gewinnchance gegenübersteht."

Uns scheint zunächst die Logik dieser Deduktion — in den Worten „erst recht" — nicht einwandfrei zu sein. Wir glauben, daß, wenn man in dieser Weise konsequent weiter schlußfolgern wollte, sich Absurditäten ergeben würden. Es ist jedoch nicht nötig, hierauf näher einzugehen. Hamm scheint aber im übrigen dasselbe sagen zu wollen, was Köttgen (a. a. O. S. 380) in folgenden Worten ausspricht:

> „Lehnt man .... die Auffassung ab, daß die einseitige, halbe Wette eine Wette im Sinne des § 762 BGB. ist, so erscheint die Anwendung der Vorschrift des § 762 auf die einseitige Wette im Wege der Analogie geboten."

Er meint dann, zu diesem Schlusse müsse man kommen, weil die einseitige Wette der zweiseitigen ähnlich sei, weil z. B. die einseitige auch ein „Wagen" enthalte usw. Das scheint immerhin plausibel zu sein. Diesen Punkt sowie überhaupt die Frage einer Ausdehnung des Wettbegriffs auf die einseitige Wette müssen wir also noch näher untersuchen.

Hier ist nun zunächst auf die großen Verschiedenheiten zwischen ein- und zweiseitiger Wette hinzuweisen. Wie bereits erwähnt, fehlt der ersteren der aleatorische Charakter. Es fehlt bei ihr aber auch die Bekräftigung der Überzeugung von seiten des Promissars. Damit hängt wieder folgendes zusammen: Die zweiseitige Wette ist ein zweiseitiger Vertrag, und zwar sogar einer von synallagmatischer Natur, ein contractus bilateralis aequalis,[1]) denn beide gegenseitige Versprechen sind derart untrennbar miteinander verbunden, daß das eine nicht ohne das andere abgegeben wird, wenigstens regelmäßig nicht. Die zweiseitige Wette ist demzufolge als ein entgeltlicher Vertrag anzusehen, denn jeder Teil verpflichtet sich — wenn auch nur bedingt — zu einer Leistung, weil der andere dasselbe tut, jeder bekommt eine Gewinnchance.

Die „halbe Wette" ist dagegen ein einseitiger, unentgeltlicher

[1]) Übereinstimmend: Windscheid a. a. O. S. 855 Note 2, vgl. dazu S. 260 f. Note 9.

Vertrag, das Versprechen einer unentgeltlichen Zuwendung aus bestimmtem Motiv. Der Unterschied zwischen streng einseitigen und synallagmatischen Verträgen ist nun aber doch ein so bedeutender, daß es ein Unding wäre, Verträge beider Art sozusagen unter einen Hut zu bringen. Das verstieße doch dermaßen gegen das Wesen und den Geist unseres Vertragssystems, daß man ein solches Unternehmen mindestens als sehr unwissenschaftlich bezeichnen müßte. Das hieße doch, an einen Gegenstand ein Element von ganz heterogener Natur geradezu erst anlöten, und wäre das nicht um so verkehrter, wenn dieses Element schon zu einem ganz andern Gegenstand gehört und erst von diesem abgetrennt werden müßte, und kann das nicht gerade der Fall sein?!

Dabei ist auch wohl zu bedenken, daß jemand, der bereit ist, eine zweiseitige Wette einzugehen, gewiß in den seltensten Fällen zugleich bereit wäre, dieselbe Summe für dieselbe Behauptung als einseitige Irrtumsstrafe zu versprechen, weil eben die Gewinnchance fehlt. Das wäre für die meisten sicherlich allzu „unwirtschaftlich". Es läßt sich eben nicht leugnen, daß bei der zweiseitigen die Gewinnabsicht oder Gewinnaussicht als Motiv regelmäßig eine sehr wichtige, häufig die ausschlaggebende Rolle spielt. Dieses Motiv fällt aber — wenigstens für den Promittenten, und das ist ja entscheidend — bei der einseitigen Wette weg, die überhaupt keinen Spielcharakter hat, und deshalb liegt auch kein triftiger Grund vor, sie der zweiseitigen gleich zu behandeln.[1])

Aber was ist denn dann die einseitige halbe Wette in Wirklichkeit? wird man fragen, und wir können in der Tat unsere Aufgabe als völlig gelöst und die letztgedachten Einwendungen Hamms und Köttgens als gänzlich widerlegt erst dann betrachten, wenn es uns gelungen ist, dasjenige juristische Schubfach zu finden, in welches die halbe Wette hineingehört, oder in dem sie zwanglos untergebracht werden kann.

Bluntschli erklärt, wie früher erwähnt, die halben Wetten einfach für bedingte Schenkungen. Francke (a. a. O. S. 554) teilt im wesentlichen diese Auffassung. Derselben steht auch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Jena in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen Bd. 19,

[1]) Auch Oertmann, Schuldverhältnisse S. 684 Ziff. 5 ist der Ansicht, daß die rechtspolitischen Gründe für die Unklagbarkeit bei sog. einseitigen Wetten nicht zutreffen.

S. 281 ff. mindestens sehr nahe. Allein Stobbe (a. a. O. S. 428 Nr. 22) sagt, der animus donandi fehle in solchen Fällen, und Mengel (a. a. O. S. 27) bestreitet ebenfalls das Vorliegen einer Schenkung, stimmt aber Windscheid (a. a. O. S. 862) bei, welcher einen andern und zwar klagbaren Vertrag in der halben Wette erblickt.

Wir unsererseits gelangen nun zu der Ansicht, daß die sogen. einseitige Wette ein bedingtes Schenkungsversprechen ist, durch folgende Erwägungen.

Zum Begriff Schenkung gehört nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Unentgeltlichkeit einer einen anderen bereichernden Zuwendung und die Einigkeit der Parteien über die Unentgeltlichkeit. Beide Voraussetzungen sind u. E. bei der halben Wette gegeben.

Wir wiederholen zunächst, daß uns nichts im Wege steht, zur Bekräftigung einer Behauptung auch ein bedingtes Schenkungsversprechen zu machen, und dabei ist es gewiß einerlei, ob man sagt: „wenn ich unrecht habe, so zahle ich dir zur Strafe — um mich zu strafen — 100 Mk.", oder: „so schenke ich dir zur Strafe 100 Mk.", oder einfach: „so schenke ich dir 100 Mk."

Nach unserer Überzeugung versteht auch der gewöhnliche Sprachgebrauch unter Wette immer noch die zweiseitige allein. Wenn zwei Personen in eine Meinungsverschiedenheit geraten, die eine sagt: „wollen wir wetten?" und die andere sich einverstanden erklärt, so hat gewiß jede von beiden nur an die zweiseitige Wette gedacht. Wird die Formel angewendet: „Ich wette 100 Mk. gegen nichts", so ist dies u. E. etwas ganz Ungewöhnliches und Seltenes. Eher dürften noch Wendungen vorkommen wie diese: „Ich wette 100 Mk. gegen ein Schwefelholz". Hirschfeld meint (a. a. O. S. 7), daß man hierunter sowie unter der Wendung: „Gut, wetten wir um die Ehre" im gemeinen Leben wirkliche Wetten versteht. Indessen dürften derartige Formeln lediglich zugunsten unserer Meinung zu deuten sein. Nämlich, ebenso wie man sagen kann: ich verkaufe dies oder jenes für ein Schwefelholz — um damit in Wirklichkeit zu sagen, daß man es verschenken will — so soll auch die Formel: „ich wette 100 Mk. gegen ein Schwefelholz" nichts anderes ausdrücken, als daß man einem anderen eben etwas unentgeltlich zuwenden will. Es wird dadurch nur mit einem kurzen Ausdruck das wirkliche Rechtsgeschäft, das Schenkungsversprechen, unter

Hinzufügung des Motivs — Bekräftigung einer Behauptung — gekennzeichnet.

Wir möchten sogar behaupten: durch eine solche Formel wird in Wirklichkeit gewissermaßen interlinear zum Ausdruck gebracht, daß zu einer richtigen Wette eben doch ein beiderseitiger Einsatz und zwar ein richtiger, kein scheinbarer gehört, ebenso wie man durch die Formel: „ich verkaufe etwas für ein Schwefelholz" zu verstehen gibt, daß man zu einem richtigen Kauf einen richtigen Kaufpreis eigentlich selber für erforderlich erachtet, und daß man nur einen scheinbaren, keinen wirklichen Kauf abschließen will. Der Gebrauch derartiger Formeln weist also u. E. gerade darauf hin, daß der Erklärende sich bewußt ist, was zu einem wirklichen Rechtsgeschäft der betr. Art eigentlich gehört, und daß es sich nur um ein scheinbares Rechtsgeschäft dieser Art handelt, in Wirklichkeit aber um Schenkung.

U. E. liegt also der animus donandi und die Einigkeit der Parteien über denselben zweifellos vor, er läßt sich gar nicht hinwegdenken, denn will jemand seiner Meinung durch ein einseitiges Versprechen einer Irrtumsstafe — nämlich in Form der Verpflichtung zu einer Leistung — Nachdruck verleihen, so muß er eben eine unentgeltliche Zuwendung versprechen und will es deshalb auch. Man kann also nicht etwa sagen: der Promittent will zwar einseitig wetten, aber nicht schenken. Denn das wäre gerade so, als wollte sich jemand waschen, aber nicht naß machen. Die Parteien können den Einsatz bei einer einseitigen Wette als Strafe für den Promittenten betrachten oder als Belohnung für den Promissar, weil er recht hat, sie können sich vielleicht über den Schenkungsbegriff unklar sein, das alles ändert aber nichts an der Tatsache der Unentgeltlichkeit der Zuwendung und der Einigkeit der Parteien darüber. Der animus donandi, d. h. die Absicht sich ärmer und den andern dadurch reicher zu machen, liegt bei einem ernstlichen Versprechen der gedachten Art also bestimmt vor.

Man könnte uns vielleicht einwenden, dann ließe sich ja die zweiseitige Wette einfach in zwei bedingte Schenkungen zerlegen. Dies wäre jedoch verfehlt, denn zwei „halbe" Wetten geben an und für sich durchaus noch keine ganze. Dazu gehört vielmehr noch ein Drittes: die gegenseitige Abhängigkeit, das *συνάλλαγμα* zwischen beiden.

Es wäre also noch nicht einmal ganz richtig zu sagen: eine „halbe", „einseitige" Wette sei nur im buchstäblichen Sinne[1]) eine halbe, also keine ganze, d. h. keine richtige Wette, sondern eine „halbe" Wette ist in der Tat noch weniger als die Hälfte einer richtigen zweiseitigen Wette, weil eben bei letzterer das συνάλλαγμα einen wesentlichen Bestandteil mit bildet.

Man könnte uns ferner einwenden: Unentgeltlichkeit liegt bei der „einseitigen Irrtumsstrafe" doch dann nicht vor, wenn der Promissar einen Beweis zu liefern hat.

Dies wäre mindestens nicht für alle Fälle richtig. Denn die Beweislieferung ist schlechthin zur Bedingung gemacht für die Leistung und wird, selbst wenn mit einiger Mühe und Arbeit verbunden, doch naturgemäß von den Parteien regelmäßig nicht als Entgelt betrachtet. Aber gerade darauf, welche Auffassung die Parteien in dieser Beziehung haben, kommt es in der Hauptsache an. Selbst wenn also die Beweislieferung an sich wirtschaftlichen Charakter hätte, so kann doch regelmäßig nach den Intentionen der Parteien nicht von einer „Gegenleistung" gesprochen werden. Hierbei ist überhaupt der Standpunkt des Promittenten maßgeblich, dieser hat aber ja fast immer ein Interesse an der Nichtlieferung des Beweises.

Hätte die vorzunehmende Handlung wirklich objektiv und nach der Auffassung der Parteien den Charakter einer Leistung und daher das Versprechen den eines Entgelts — was natürlich quaestio facti wäre — dann läge freilich keine Schenkung, sondern ein anderer — klagbarer — Vertrag vor.[2]) Jedenfalls wird dadurch, daß das Versprechen als Belohnung für das Rechthaben des Promissars betrachtet wird, dasselbe noch nicht des Charakters der Unentgeltlichkeit entkleidet, denn das bloße Rechthaben kann an sich nicht als wirtschaftliche Leistung, als „Gegenleistung" im Rechtssinne angesehen werden.

Weiter ließe sich noch sagen: aber gerade bei einer schwierigeren Beweisführung oder wenn der Promissar eine schwierigere Handlung vorzunehmen hat und die Möglichkeit derselben den Gegenstand der

[1]) Bartelt a. a. O. S. 41 sagt nicht übel: Wenn man von einer „halben Wette" sprechen wolle, so habe man diese Behauptung arithmetisch bewiesen, aber doch wohl nicht juristisch.

[2]) So im wesentlichen auch Francke a. a. O. S. 554 f.

Wette bildet, ist doch das Geschäft mindestens auf seiten des Promissars ein „gewagtes", er riskiert doch, daß er sich umsonst bemüht.

Auch hier gilt das vorher Gesagte: unter den Parteien herrscht eine solche Auffassung nicht, es kommt vor allem auch darauf an, ob der Promittent — oder etwa an seiner Stelle ein Dritter — etwas gewinnen kann oder nicht. Das was also der Promissar riskiert, müßte dem Promittenten, event. einem Dritten, zugute kommen. Dieser hat ja aber keinen Vorteil daran, sogar tatsächlich fast immer ein Interesse an der Nichtausführung der Handlung.[1])

Die einseitige Wette ist also auch hier eine bloße Form für ein anderes Rechtsgeschäft, sie ist die Maske, unter der sich ein bedingtes Schenkungsversprechen verbirgt, ebenso wie sie die Form sein kann für eine Auslobung.

Wir gelangen daher zu folgenden Resultaten:

1. Eine analoge Anwendung des § 762 BGB. auf die halbe Wette muß deshalb ausgeschlossen sein, weil letztere bedingtes Schenkungsversprechen ist, aber auch schon deshalb, weil sie mindestens der Schenkung viel näher steht als der richtigen Wette, so daß also eher die Grundsätze der Schenkung analog anzuwenden wären.

2. Es wäre überhaupt jedwede Ausdehnung des Begriffs Wette auf die einseitige unangängig oder unzweckmäßig. Denn einmal stoßen die 3 Gebiete: zweiseitige Wette, Schenkung und Auslobung so nahe aneinander, daß für die einseitige Wette kein Raum mehr vorhanden ist. Man müßte dann eben, wollte man die letztere anerkennen, von der Schenkung und bezw. der Auslobung gewissermassen je ein Stück abtrennen und zur zweiseitigen Wette hinzuschlagen, was aber, wie wir fürchten, bald eine heillose Grenzverwirrung zur Folge haben könnte. Praktische oder Zweckmäßigkeitsgründe für eine Ausdehnung liegen aber auch nicht vor. Denn entweder ist die halbe Wette im einzelnen Falle bedingtes Schenkungsversprechen, also nur klagbar, wenn gerichtlich oder notariell beurkundet. Dann genügt jedenfalls dieses Formerfordernis, um das Vorkommen jenes an sich gewiß schon nicht häufigen Rechtsgeschäftes als eines unwirtschaftlichen einzuschränken. Oder aber die halbe Wette ist de facto Auslobung,

[1]) Hiermit übereinstimmend: Gruchots Beiträge 13. Jahrg. S. 711*, wo es heißt: „Auch von seiten desjenigen, der den Preis zu verdienen sucht, liegt kein gewagtes Geschäft vor."

dann ist die notwendige Form der öffentlichen Bekanntmachung ebenfalls ein hinreichendes Einschränkungsmittel. Oder aber sie ist — falls dies möglich sein sollte — ein entgeltlicher Vertrag, dann liegt kein Grund vor, sie klaglos zu stellen.

Die halbe Wette als besondere Spezies der eigentlichen Wette zu statuieren, hieße also geradezu eine Chimäre schaffen, die absolut nicht in unser Vertragssystem hineinpaßt, während sie sich unter die Auslobung bezw. Schenkung ohne jede Schwierigkeit unterbringen läßt und ohne die Harmonie in unserem Rechtssystem im geringsten zu stören.

Aus Anlaß eines konkreten Rechtsfalles aber sie zu konstruieren, um bestimmte Arten von Auslobungen für unverbindlich erklären zu können — es scheint sich bei den Verteidigern der halben Wette um eine solche petitio principii zu handeln — und dafür das Institut der Auslobung ganz aus dem Rechtssystem verschwinden zu lassen, wie Kohler[1]) es wünscht, das ist doch schwerlich zu billigen. Wenn vorhandene Rechtsbegriffe nach irgend einer Richtung hin erweitert werden, so handelt es sich entweder um Ausdehnungen, die durch die Wissenschaft und Praxis nach und nach sanktioniert worden sind, oder aber um Erweiterungen, die sozusagen in sich mit einer gewissen inneren Notwendigkeit begründet sind. Keines von beiden wäre aber hinsichtlich der einseitigen Wette der Fall. Außerdem wäre die Aus-

[1]) a. a. O. S. 10. Ein derartiges Bestreben stände auch in schroffem Gegensatz zu dem allgemeinen Gang der Rechtsentwicklung: im großen und ganzen ist es doch eher notwendig und hat es sich erfahrungsgemäß immer als notwendig erwiesen, neue Kategorien zu schaffen, sozusagen die Schubfächer des Rechts entweder zu vermehren oder doch zu vergrößern, um den Bedürfnissen der wachsenden Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse und des Rechtsverkehrs zu genügen, anstatt sie zu vermindern. Letzteres war immer nur am Platze, wenn es sich um veraltete, unbrauchbar gewordene Institute handelte, für welche Ersatz geschaffen wurde. Die Perspektive, welche Kohler uns eröffnet durch den Hinweis, daß nun mittels der Auslobung alle möglichen unerquicklichen Fragen und Dinge zur Entscheidung vor die Gerichte gebracht werden könnten, wäre freilich erschreckend und mag de lege ferenda Berücksichtigung verdienen. Aber dem geltenden Gesetz dürfen wir keine Gewalt antun, und so schwarz wie Kohler braucht man auch noch lange nicht zu sehen; wir bezweifeln es noch sehr, daß sich seine Befürchtungen in jenem Umfange bewahrheiten. Fraglich wäre es wohl auch, ob jenes Rezept, welches Kohler zur Verhinderung der gefürchteten Mißstände verschreibt — Beseitigung der Auslobung, Unterbringung der zu ihr gehörenden Tatbestände unter den Werkvertrag — geeignet wäre, dem gefürchteten Übel wesentlich zu steuern.

dehnung eines bisher feststehenden zweiseitigen und zwar synallagmatischen Vertrags auf einen streng einseitigen, mindestens etwas ganz Abnormes, so daß u. E. zu einer derartigen Erweiterung ein Rechtssatz nötig wäre, sei es ein Gesetz, sei es ein Gewohnheitsrecht.

Es wäre daher u. E. auch einfach unzulässig, die Wette auf die halbe Wette ohne weiteres auszudehnen.

Hiermit glauben wir die obigen Ausführungen Köttgens und Hamms widerlegt zu haben. Ersterem müssen wir aber in einem Punkte Winkler (a. a. O. S. 355 f.) gegenüber recht geben.

Dieser will im Fall Hoensbroech-Dasbach das Vorhandensein einer Wette des Gegenstandes wegen verneinen, indem er ausführt: den Parteien sei es auf die Sache angekommen, auf die Förderung einer wissenschaftlichen Arbeitsleistung, sie hätten die Wahrheit um der Wahrheit willen erstrebt. Das Abkommen der Parteien ermangele nicht des ernstlichen und nützlichen Lebenszweckes, während die Wette nicht dem Rechtsverkehr angehöre, sondern ein unwirtschaftliches Rechtsgeschäft sei. Das Interesse am Rechthaben habe nicht den alleinigen, nicht einmal den wesentlichen Inhalt des Rechtsgeschäfts gebildet. Daher könne kein verschleierter Wettvertrag vorliegen.

Köttgen (a. a. O. S. 381 f.) führt dagegen aus, daß dies alles der Wette nicht entgegenstehe. Wir müssen ihm hierin durchaus beipflichten, möchten aber hinzufügen: wenn die Parteien den — gewiß löblichen — Zweck verfolgt haben, eine Frage aus dem Gebiete der Moralphilosophie zur Entscheidung zu bringen, so kann dieser Zweck zwar das Mittel, nämlich den — verschleierten — Wettvertrag, wenn es ein solcher wäre, nicht heiligen, es kann ihm aber auch keinesfalls schaden, und zwar weder dann, wenn dieses Mittel eine Wette ist, noch dann, wenn es Auslobung ist; jener Zweck kann also nicht bewirken, daß die Auslobung seinetwegen zur Wette wird, falls der Promittent eine solche nicht beabsichtigt hatte.

Köttgen (a. a. O. S. 382) darf hiergegen nicht einwenden, daß zur Entscheidung von Fragen der Wissenschaft, bei denen nur diese Entscheidung den eingestandenen Endzweck bildet, die Gerichte nicht berufen seien.

Daß die Entscheidung wissenschaftlicher Fragen nicht in den Bereich der Auslobung gezogen werden dürfe, davon steht im Gesetz nichts. Dies mag vielleicht unerfreulich und de lege ferenda zu berücksichtigen

sein, es darf uns aber nicht veranlassen, durch Künsteleien, welche u. E. dem natürlichen Rechtsgefühl zuwiderlaufen, dem Gesetz Gewalt anzutun. Der Zweck — die Ausschließung solcher Fälle von der Entscheidung durch die Gerichte — kann und darf auch hier das Mittel — eine unzulässige, restriktive Interpretation des Gesetzes — nicht heiligen, Recht muß Recht bleiben!

Es handelt sich nun aber noch darum, die Grenze zwischen der ein- und zweiseitigen Wette zu ziehen.

In dieser Hinsicht pflichten wir einem Urteil des Oberlandesgerichts Lübeck bei[1]), welches bei einer sogen. Wette, in welcher der eine 1000 Taler, der andere aber nur einen Kreuzer setzte, das Vorhandensein einer richtigen Wette verneinte, weil der letztere Einsatz im Verhältnis zu dem andern so gering sei, daß er überhaupt nicht als Einsatz betrachtet werden könne.

Im übrigen ist es natürlich quaestio facti, ob ein derartiges Mißverhältnis vorliegt, daß der Einsatz des einen nur als ein Scheineinsatz zu betrachten ist.

Die Richtigkeit unserer Ansicht, daß die einseitige Wette als Schenkung betrachtet werden muß, daß es wenigstens unmöglich oder doch im höchsten Grade unzweckmäßig und unnötig erscheinen muß, sie von derselben zu trennen, dürfte am besten folgender Rechtsfall illustrieren.

Der stud. iur. X gerät mit seinem Oheim Y darüber in Streit, ob er sein demnächst stattfindendes Referendarexamen bestehen werde oder nicht. Y glaubt bestimmt, daß X wegen allzu mangelhafter Vorbereitung durchfallen müsse, während X davon überzeugt ist, daß seine Vorbereitung ihm einen sicheren Erfolg garantiere. Er schlägt deshalb seinem Oheim vor, mit ihm um 500 Mk. über das Bestehen der Prüfung zu wetten. Y, der nicht weiß, daß Wettverträge nicht klagbar sind, erklärt, er wette nicht, das habe ja unter den obwaltenden Umständen für ihn doch keinen Zweck. Zum Beweise aber dafür, daß er von dem unvermeidlichen Mißlingen des Examens des X überzeugt sei, verspreche er diesem, dessen Schulden bis zum Maximalbetrag von 500 Mk. zu bezahlen, wenn derselbe dennoch das Examen bestehe.

X nimmt dies dankbar an, es fällt ihm aber — er ist ein speku-

[1]) vgl. Seufferts Archiv Bd. 16 Nr. 216.

latives Genie — sofort ein, daß das Schenkungsversprechen zu seiner Gültigkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, daß er daher zu dieser seinen Oheim, „um die Sache sicher zu machen", zu bewegen suchen müsse, daß aber infolge des vorausgegangenen Streits das Versprechen vielleicht nur als „einseitige Wette" aufgefaßt werden könnte. Um einer solchen Deutung vorzubeugen, setzte er daher hinzu: „Nun, da wollen wir also unsern Streit vergessen und die 500 Mk. als Belohnung für das Bestehen meines Examens betrachten."

Y erwidert: „Das geht mich gar nichts an, das kann mir furchtbar egal sein, als was Du die 500 Mk. betrachten willst. Übrigens wirst Du sie auch so nicht verdienen, davon bin ich fest überzeugt."

Es gelingt sodann dem X, seinen Oheim zu veranlassen, sein Versprechen notariell beurkunden zu lassen. Die Urkunde lautet einfach dahin: „Y verspricht seinem Neffen X für den Fall, daß derselbe sein Examen besteht, dessen Schulden bis zum Maximalbetrage von 500 Mk. zu bezahlen."

Nachdem X tatsächlich die Prüfung mit gutem Erfolge bestanden, tut es seinem Oheim doch leid, ihm die 500 Mk. versprochen zu haben. Er will deshalb, da er inzwischen über die angebliche Möglichkeit einer „einseitigen Wette" aufgeklärt ist, die Einrede aus § 762 BGB. geltend machen.

Es wird vielleicht hier kaum jemand das Vorhandensein eines klagbaren Schenkungsversprechens in Zweifel ziehen, und doch wären triftige Gründe gegeben für die Annahme einer „einseitigen Wette", nämlich:

1. Ein Streit ging voraus und infolgedessen machte Y, um seine Überzeugung zu dokumentieren, wie er ausdrücklich erklärte, das Versprechen. Daß er sagte, er wette nicht, wäre mithin bedeutungslos, wenn wir die einseitige Wette als solche anerkennen.
2. Mit der Annahmeerklärung des X war die „einseitige Wette" perfekt. Die nachherigen Erklärungen der Parteien ändern daran nichts, denn sie betreffen nur das Motiv, aus dem heraus Y sein Versprechen gab. Dieses Motiv — eine innere Tatsache, die der Vergangenheit angehört — kann hinterher nicht geändert werden.

3. Jedenfalls ist dies Motiv auch faktisch nicht geändert worden, denn
   α) in Wirklichkeit bleibt Y bei seiner Überzeugung stehen, und diese bleibt der wahre innere Grund und Anlaß seines Versprechens trotz seiner weiteren Erklärung und obgleich er in letzterer scheinbar — in Wirklichkeit ist es ihm nur einerlei, wie der Neffe die Sache ansieht — das Motiv für nebensächlich erklärt.
   β) Auch wenn die 500 Mk. eine „Belohnung" für das Bestehen des Examens sein sollen, so könnte dies der Wette keinen Abbruch tun: denn was für den X Belohnung ist — sei es nun für sein Rechthaben oder schlechthin für das Gelingen des Examens, das wäre im Hinblick auf den vorangegangenen Streit auch einerlei —, ist und bleibt für den Y eine „Irrtumsstrafe", daran wird nichts geändert.
4. Die notarielle Beurkundung des Versprechens an und für sich ist für die Frage, ob Wette oder Schenkung vorliegt, natürlich ohne Einfluß, denn das Rechtsgeschäft war schon vorher perfekt.
5. Eine Novation, an die man denken könnte, dürfte, abgesehen von den obigen Erwägungen, schon deshalb ausgeschlossen sein, weil Y ja seine Erklärung von Anfang an nicht als Wette betrachtete, sondern als Schenkungsversprechen, mithin gar keinen Novationswillen gehabt haben kann.

U. E. lehrt dieser Fall, daß es zu absurden Konsequenzen führen würde, daß man sozusagen in eine Sackgasse gerät, wollte man die einseitige Wette von der bedingten Schenkung zu trennen versuchen, und daß man nur dann zu gesunden oder doch erträglichen Resultaten gelangt, wenn man die halbe Wette als bedingtes Schenkungsversprechen betrachtet und behandelt. Ein Gewaltstreich dürfte dies nicht sein, die Fassung des § 516 BGB. steht dem in keiner Weise entgegen, das Motiv ist bei der Schenkung — d. h. für den rechtlichen Charakter des Versprechens — ganz ohne Bedeutung, daß es sich um einen reinen Liberalitätsakt handeln müsse, daß die Zuwendung gar nicht von irgend welchen egoistischen oder sonstigen Interessen beeinflußt sein dürfe, wird nicht verlangt.

Unsere Ansicht glauben wir übrigens auch auf Crome und Cosack stützen zu können. Ersterer[1]) sagt:

„Die Zuwendung muß unentgeltlich sein, d. h. ihr Zweck auf seiten des Zuwendenden ist ein nicht wirtschaftlicher. Abwesenheit aller wirtschaftlichen Zwecke . . . . . das Fehlen rechtlicher Gegenvorteile für das zu Leistende ist Schenkung. Alle sonstigen Absichten, die der Schenker etwa mit seiner Gabe verfolgen mag, stehen grundsätzlich außerhalb der Rechtsordnung. Sie halten sich im Rahmen eines bloßen Beweggrundes."

Cosack[2]) meint:

„Unter Entgelt verstehen wir eine „Gegenleistung" des Empfängers, d. h. eine Leistung, von welcher die Zuwendung des Gebers rechtlich abhängig ist. Es kommt auf die subjektive Wertschätzung der Parteien an."

Auch Scherer[3]) dürfte uns beistimmen, wenn er sagt:

„Die Schenkung kann unter denselben Modalitäten, also auch Bedingungen, betätigt werden wie jeder andere Vertrag."

Wir werden nach alledem in den als „einseitige Popularwette" bezeichneten Tatbeständen entweder — und zwar dann, wenn für die Vornahme einer Handlung etwas versprochen wird — Auslobungen zu erkennen haben, oder aber Offerten zu einer bedingten Schenkung, soweit nicht rechtlich irrelevante Willenserklärungen — wie z. B. Pseudoauslobungen oder lediglich Aufforderungen zu Offerten — vorliegen. Wir müssen indessen hinzufügen, daß die Auffassung Windscheids (vgl. § 9 oben), wonach die „einseitige Wette" als besonderer klagbarer Vertrag, und die ihr ähnliche Ansicht Oertmanns (vgl. § 10 oben), nach der sie als ein nach den allgemeinen Regeln zu behandelndes bedingtes Versprechen zu betrachten ist — d. h. für die Fälle, in denen nicht Auslobung oder lediglich eine Einladung zur Offertenabgabe vorliegt — ebenfalls durchaus haltbar erscheinen kann, weil ja die „einseitige Wette" doch immerhin im Gegensatz zur gewöhnlichen Schenkung infolge ihres stark hervortretenden Motivs noch etwas Besonderes an

[1]) Crome, System des bürgerl. Rechts Bd. 2, 1902 S. 507 c.
[2]) Cosack, Lehrb. d. deutschen bürgerl. R. Bd. 1 4. Aufl. S. 493 b.
[3]) Scherer, Die Gesetzgebung d. Deutschen Reichs 2. Teil Bd. 7 1899 S. 626.

sich hat. Es wäre demgegenüber nur vielleicht hinzuweisen auf die „Unwirtschaftlichkeit" der „einseitigen Wette", ein Charakter, der es wohl rechtfertigen dürfte, auf sie die Grundsätze der gleichfalls unwirtschaftlichen Schenkung anzuwenden bezw. sie ihr völlig gleichzustellen.

Wenn wir aber nach allem bisher Gesagten unter Wette nur die zweiseitige verstehen dürfen, so sind die Unterschiede zwischen ihr und der Auslobung so handgreiflich, daß sich nur ein Fall denken läßt, in dem man zweifelhaft sein kann, welches von beiden Rechtsgeschäften vorliegt, nämlich der, daß zwischen dem durch öffentliche Bekanntmachung offerierten Einsatz und dem verlangten Gegeneinsatz ein sehr großes Mißverhältnis besteht, infolgedessen man im Zweifel sein kann, ob der letztere als wirklicher oder nur als Scheineinsatz anzusehen ist.

§ 12.

Zum Schluß sei uns noch eine allgemeine Betrachtung rechtsphilosophischer Natur gestattet, zu der Anlaß zu geben unsere bisherigen Untersuchungen und die dabei gemachten Erfahrungen wohl besonders dazu angetan sind.

Die Definierung von Begriffen, von juristischen und nichtjuristischen, und deren Abgrenzung spielt ja in der Rechtswissenschaft und -Praxis eine äußerst wichtige Rolle. Begriffe aber sind leider nichts weniger als objektiv feststehende Größen, mit denen man so einfach und sicher operieren könnte wie mit den Werten a, b, c, x, y in einer algebraischen Gleichung. Begriffe unterliegen vielmehr nicht nur dem Wandel der Zeiten und dem Wechsel des Orts, sondern sie sind auch zu keiner Zeit und an keinem Ort mit absoluter Bestimmtheit festzulegen. Sie sind eben auch der Entwicklung unterworfen, auch für sie gilt das Wort: *πάντα ῥεῖ*. Sind sie doch überhaupt im wesentlichen nur Abstraktionen und Niederschläge dessen, was die Menschheit, ein Volk oder auch nur gewisse Kreise von Personen sich bei gewissen Dingen resp. beim Gebrauch gewisser Bezeichnungen tatsächlich — und zwar regelmäßig mehr oder weniger unklar und unpräzis, wie es selbst dem Gesetzgeber, auch einem vielköpfigen, passieren kann und nicht selten passiert — vorgestellt haben. Das Subjektive ist überhaupt für den Werdegang der einzelnen Begriffe von größtem Einfluß. Was Wunder also, wenn ihre Grenzen flüssig sind, mitunter

ineinander übergehen, die Unterscheidungsmerkmale nach der Peripherie hin zu versagen beginnen, so daß man schließlich auf Gebiete stoßen kann, die man mit demselben Rechte z. B. als zum Begriff X wie zum Begriff Y gehörig betrachten kann?

Die Vollkommenheit der Rechtswissenschaft kann daher immer nur eine relative sein. Denn, fällt ein rechtlich zu beurteilender Tatbestand gerade in eine solche, sozusagen neutrale Zone, so müssen notwendig, wenn wir eine Entscheidung zu treffen haben, unsere Argumente — und „Gründe" muß ja der Jurist fast immer anführen, weshalb er mitunter im Notfall auch zu ziemlich fadenscheinigen seine Zuflucht nimmt — zu bloßen Raisonnements herabsinken, es besteht die Gefahr, in Sophisterei, Rabulistik und Haarspalterei zu verfallen.

Darüber freilich kann man sich sehr täuschen, ob man sich im konkreten Fall schon auf solchem neutralen oder fast neutralen Gebiet befindet oder nicht, der einzelne wird hier mitunter nur nach seinem Gefühl urteilen können.

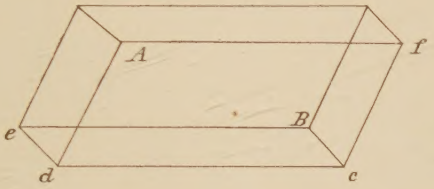
Wir müssen selbst gestehen, daß wir an gewissen Stellen unserer Untersuchungen die subjektive Empfindung hatten, daß die Grenzen der Unterscheidungsmöglichkeit mindestens nicht mehr weit entfernt sein können, wenn wir auch glauben, sie noch nirgends überschritten zu haben. Daß wir uns aber hierin möglicherweise doch getäuscht haben können — sei es nach der einen oder nach der andern Seite hin — geben wir selbstredend ohne weiteres zu, und wenn wir uns auch bemüht haben, unsere Meinung überall eingehend zu begründen und die andrer zu widerlegen, so liegt es uns doch prinzipiell fern, intolerant oder der Belehrung eines Bessern unzugänglich sein zu wollen.[1])

Der Versuch, einen Begriff mit absoluter Bestimmtheit zu definieren, ihn durch ganz scharf markierte Linien nach allen Seiten mit unfehlbarer Präzision abzugrenzen, dürfte also regelmäßig ein Versuch am untauglichen Objekt sein.

Es fragt sich aber außerdem: ist es vielleicht zugleich ein Versuch mit untauglichen Mitteln? Liegt es nicht nahe zu fragen: wenn wir in einem Bilde zweierlei Gegenstände erblicken können, kann es uns mit dem Denken nicht ähnlich ergehen wie mit dem Sehen? Beurteilen wir ferner nicht mitunter dieselbe Sachlage oder denselben

[1]) Wir wären im Gegenteil für Richtigstellung und Belehrung nur dankbar.

Gegenstand zu verschiedenen Zeiten verschieden, etwa je nach den besonderen Zuständen und Einflüssen, denen wir gerade unterworfen sind? Gibt es vielleicht gar für gewisse Dinge eine doppelte Wahrheit? Wenn wir die nachstehende Figur fixieren,



und hierbei das eine Mal einen anderen stereometrischen Körper erblicken als das andere Mal [1]), muß sich uns da nicht die Frage aufdrängen, daß wir unter Umständen bei der rechtlichen Beurteilung von Tatbeständen in besonders schwierigen Fällen ganz analoge Erfahrungen machen können? Sind dergleichen Erscheinungen rein objektiver Natur oder lediglich Folgen der Unvollkommenheit des menschlichen Erkenntnisorgans auf seiner gegenwärtigen Entwicklungsstufe? Heißt es dann nicht unter Umständen, über die Grenzen der Zuverlässigkeit unseres Erkenntnis- und Unterscheidungsvermögens — auch des bestentwickelten — hinausgehen wollen, wenn man einen Tatbestand unter allen Umständen als nur zu einem Begriffe gehörig nachweisen will, während die Betrachtung unter einem andern Gesichtspunkt ebenso berechtigt sein kann?

[1]) Fixiert man den Punkt A, so sieht man eine Figur, die auf der Schmalseite Bcde. steht; fixiert man B, so sieht man eine Figur, die auf der Breitseite Afcd. liegt. Vgl. Dr. Carl du Prel, Die Magie als Naturwissenschaft 1899 2. Teil S. 166 f.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.